

N. 00914/2012 REG.PROV.COLL.
N. 00470/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 470 del 2012, proposto da:

Rti Impresa Manca Costruzioni Generali S.p.a., Impianti Industriali Mamusa S.p.a.- Imma S.p.a., Marini Ermenegildo S.p.a., rappresentati e difesi dagli avv. Germana Cassar, Doris Mansueto, Alessio Vinci, con domicilio eletto presso quest'ultimo avvocato in Cagliari, via G. Deledda n.74; Giovanni Vignuda Automazioni S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Doris Mansueto, Alessio Vinci, Germana Cassar, con domicilio eletto presso quest'ultimo avvocato in Cagliari, via G. Deledda n. 74;

contro

Ersu Ente Regionale per il Diritto allo Studio Universitario Cagliari, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distrettuale, domiciliato in Cagliari, via Dante n. 23;

nei confronti di

Consorzio Stabile Tekton Scarl;

per l'annullamento

- del bando di gara indetto dall'e.r.s.u. ed avente ad oggetto: "appalto per la

progettazione definitiva ed esecutiva e per l'esecuzione dei lavori per la realizzazione della residenza universitaria e servizi di viale la playa a cagliari. primo stralcio funzionale – fabbricato a1, parcheggi ed opere accessorie” e del disciplinare di gara rettificato il 20 aprile 2012;

- della nota prot. n. 5088 del 7 giugno 2012 con cui il presidente della commissione di gara ha comunicato l'esclusione dalla gara del rti ricorrente e del verbale della commissione giudicatrice relativo alle sedute del 4 e 5 giugno 2012, nella parte in cui ha disposto l'esclusione dalla gara del rti;

del provvedimento prot. n. 5855 del 28 giugno 2012, con cui l'Ersu ha respinto l'istanza, formulata nella informativa ex art. 243 bis del d.lgs. n. 163/2006, di annullamento in autotutela della esclusione dalla gara;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente o, comunque, connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio di Ersu Ente Regionale Per il Diritto

Allo Studio Universitario Cagliari;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 ottobre 2012 il dott. Gianluca Rovelli e uditi per le parti i difensori l'avv. Alessio Vinci per la parte ricorrente e l'avv.to dello Stato Lucia Salis per l'Amministrazione resistente; ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il raggruppamento ricorrente ha partecipato alla gara indetta dall'ERSU per l'aggiudicazione dell'appalto per la progettazione definitiva ed esecutiva e per l'esecuzione dei lavori per la realizzazione della residenza universitaria e servizi di Viale la Playa a Cagliari Primo stralcio funzionale – Fabbricato A1, parcheggi e opere accessorie.

Il raggruppamento partecipante ha indicato nella documentazione di gara il progettista qualificato.

La ditta veniva esclusa dalla gara in seduta del 5 giugno 2012 per la carenza del modello 4 bis (concernente la dichiarazioni del progettista qualificato relativamente al geologo dottoressa Lobina).

Nella stessa seduta del 5 giugno 2012 il RTI provvedeva a depositare il modello 4 bis sottoscritto dalla suddetta professionista.

Il raggruppamento con nota datata 7 giugno 2012 si vedeva comunicare l'esclusione dalla gara.

Avverso i provvedimenti in epigrafe indicati insorgeva il ricorrente deducendo articolate censure di seguito sintetizzabili:

1) nullità del bando e del disciplinare di gara ai sensi del combinato disposto degli artt. 4 comma 1 lettera n) del d.l. 70 del 2011 e 46 comma 1 bis del d.lgs. 163 del 2006, violazione dell'art. 46 comma 1 del d.lgs. 163 del 2006, violazione dell'art. 45 comma 2 della direttiva 2004/18/CE e dei principi comunitari del favor participationis e di sanabilità delle irregolarità formali, violazione degli artt. 18 comma 2 della L. 241 del 1990 e 38 comma 3 del d.lgs. 163/2006, violazione dei principi di proporzionalità ed adeguatezza dell'azione amministrativa;

2) illegittimità derivata, violazione del combinato disposto degli artt. 46 comma 1 e 38 comma 3 del d.lgs. 163 del 2006, eccesso di potere per disparità di trattamento, violazione degli artt. 21 nonies della L. 241 del 1990 e 243 bis del d.lgs. 163 del 2006, eccesso di potere per difetto dei presupposti di fatto e di diritto.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento degli atti impugnati previa concessione di idonea misura cautelare.

Si costituiva l'Amministrazione intimata chiedendo il rigetto del ricorso

In data 16 luglio 2012 l'Amministrazione depositava memoria difensiva.

Alla camera di consiglio del 18 luglio 2012 la domanda cautelare veniva accolta.

Il 15 ottobre 2012 sia il ricorrente sia l'Amministrazione depositavano

memoria difensiva.

Il 20 ottobre il ricorrente depositava memoria difensiva di replica.

Alla udienza pubblica del 31 ottobre 2012 il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato e deve essere accolto.

Ai sensi dell'art. 120 comma 10 del Codice del processo amministrativo, nelle controversie (quale quella in esame) relative all'affidamento di lavori, servizi e forniture, "i provvedimenti del giudice devono essere sintetici e la sentenza è redatta, ordinariamente, nelle forme di cui all'articolo 74" (ovvero in forma semplificata).

La vicenda è di agevole comprensione e di altrettanto agevole soluzione.

Va anzitutto ricordato che in presenza di clausole ambigue o, comunque, non univoche della lex specialis della gara - delle quali non può che essere responsabile la stessa Amministrazione che ha redatto i provvedimenti regolatori della gara - è illegittima, per inosservanza dei principi di ragionevolezza ed imparzialità, l'esclusione dell'impresa concorrente che abbia fatto affidamento su un'interpretazione non illogica della disciplina dettata.

Le disposizioni di gara, intanto possono essere considerate ambigue, in quanto, oggettivamente considerate - secondo il loro contenuto letterale e la finalità perseguita, e nel confronto con altre prescrizioni procedurali contenute nello stesso bando - siano idonee ad indurre in errore i concorrenti. Il giudizio di ambiguità di una norma di gara origina dunque da una valutazione complessiva e di insieme della lex specialis (T.a.r. Piemonte, sez. I, 30 novembre 2009, n. 3190).

Nella fattispecie qui in esame, una visione non formalistica dell'insieme delle norme contenute nella lex specialis, anche alla luce dell'attuale orientamento del legislatore (in applicazione di principi di derivazione

comunitaria) volto a far prevalere la sostanza sulla forma, avrebbe sicuramente indotto a non escludere la concorrente dalla gara. Concorrente, che ricordiamo, possiede tutti i requisiti di ordine generale per poter partecipare alla stessa.

Va detto che le disposizioni con le quali siano prescritti particolari adempimenti per l'ammissione alla gara, ove indichino in modo equivoco taluni dei detti adempimenti, vanno interpretate nel senso più favorevole all'ammissione degli aspiranti, corrispondendo all'interesse pubblico di assicurare un ambito più vasto di valutazioni e, quindi, un'aggiudicazione alle condizioni migliori possibili (CONSIGLIO DI STATO SEZ. V - sentenza 28 febbraio 2011, n. 1247)

Ma veniamo al fatto.

Come già esposto nella narrativa in fatto, l'esclusione dalla gara è stata disposta perché la documentazione amministrativa prodotta dal raggruppamento ricorrente era carente del Modello 4 bis relativo al geologo dottoressa Lobina. Il modello in questione riguardava le dichiarazioni del progettista (dichiarazioni di cui all'art. 38 lettera b, c ed m ter del Codice dei contratti e 32 quater c.p., nonché assenza di cause di incompatibilità nel caso di pubblici dipendenti ex artt. 53 del d.lgs. 165 del 2001).

Corrisponde al vero l'affermazione contenuta nella memoria del ricorrente datata 15 ottobre 2012 secondo cui le dichiarazioni del progettista qualificato erano in parte già rese con il deposito del modello 3 ter (si veda documento 11 produzioni del ricorrente).

Ma questo non basta.

L'Impresa Manca con nota datata 5/6/2012 aveva spiegato (in modo peraltro chiaro) che, in pratica, il mancato deposito del modello 4 bis era dovuto ad una interpretazione delle clausole contenute nel disciplinare di gara ai punti 7.3.3. e 7.3.4. ove, osserva il Collegio, erano dettate disposizioni specifiche per il geologo.

E' di lampante evidenza, in disparte ogni considerazione in ordine all'applicazione dell'art. 46 comma 1 bis del d.lgs. 163 del 2006, che quelle indicazioni contenute nel disciplinare (mal formulate e mal inserite nel contesto dello stesso) avrebbero potuto trarre in inganno anche un operatore diligente che, difatti, in assoluta buona fede (ne è riprova l'immediato deposito del modello 4 bis ed il possesso dei requisiti da parte del geologo) ha creduto di adempiere alle prescrizioni di gara depositando il modello 3 ter.

In una situazione quale quella descritta, l'Amministrazione ben avrebbe potuto (e dovuto) consentire alla ditta partecipante di regolarizzare la documentazione (operazione svolta spontaneamente dalla stessa nella stessa seduta di gara) tenuto conto che la regolarizzazione della documentazione incompleta od erronea deve trovare ingresso quando si tratta di porre rimedio a incertezze o equivoci generati dalla ambiguità delle clausole del bando e della lettera di invito o comunque presenti nella normativa applicabile alla concreta fattispecie.

Il Consiglio di Stato ha, proprio di recente, con pregevolissima pronuncia n. 3393/2012 (peraltro correttamente citata dalla difesa del ricorrente) affermato, in sostanza, che se l'omissione documentale è parziale, ben può essere derubricata come una irregolarità procedimentale imputabile alla parte privata (tale irregolarità, come nel caso scrutinato dal Consiglio di Stato è stata prontamente sanata con il deposito della documentazione integrativa).

Se questo è stato lo svolgimento della vicenda procedimentale, reputa il Collegio che la stazione appaltante avrebbe dovuto fare un uso corretto e ragionevole del potere di integrazione di cui all'art. 46 del Codice, in presenza di dichiarazioni non già del tutto mancanti ma, piuttosto, incomplete e, quindi, suscettibili di essere completate (e la cui incompletezza è da ascrivere alla infelice formulazione del bando piuttosto

che alla negligenza del concorrente).

In questa prospettiva ed in omaggio al canone di proporzionalità che sempre deve guidare l'azione amministrativa, la sanzione dell'esclusione non poteva essere comminata tenuto anche conto che, come già affermato, a seguito della novella del 2011, il legislatore ha recepito un approccio meno formalistico al problema delle irregolarità formali commesse nelle procedure di gara.

Il ricorso è, in definitiva fondato e deve essere accolto.

Le spese seguono la regola della soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna l'Amministrazione alle spese del presente giudizio in favore del ricorrente che liquida in € 3.500/00 (tremilacinquecento/00) oltre accessori di legge e restituzione contributo unificato.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 31 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Marco Lensi, Consigliere

Gianluca Rovelli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/11/2012

IL SEGRETARIO

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