

N. 01075/2013 REG.PROV.COLL.
N. 00425/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 425 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Masellis S.U.R.L., rappresentato e difeso dagli avv. Annalisa Morgese, Vincenzo Caputi Iambrenghi, con domicilio eletto presso Vincenzo Caputi Iambrenghi in Bari, via Abate Eustasio n. 5;

contro

Comune di Rocchetta Sant'Antonio, rappresentato e difeso dall'avv. Enrico Follieri, con domicilio eletto presso Fabrizio Lofoco in Bari, via Pasquale Fiore, n.14;

nei confronti di

Società Iandolo Costruzioni S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Di Lieto, Fabio Benigni, con domicilio eletto presso Eda Lofoco in Bari, via Pasquale Fiore, n. 14;

per l'annullamento

1. -della determinazione del responsabile del III settore assetto del

territorio/attività produttive n. 30 del 18 febbraio 2013 “progetto riqualificazione e valorizzazione della piazza A. Moro – importo 600.000,00” approvazione verbale di riaggiudicazione gara e affidamento definitivo gara. cup e 74e110000310006. cig: 42267611851” comunicata il 21 febbraio 2013;

2. -del verbale di riaggiudicazione provvisoria dei lavori c.i.g. 4226761185 del 13 febbraio 2013, comunicato come sopra;

3. –della richiesta di integrazione di documentazione di gara a firma del responsabile del procedimento del 16 gennaio 2013, conosciuta l’11 marzo;

4. –delle determinazioni contenute nel 2° verbale ricorso del 14 gennaio 2013 redatto dalla commissione di gara, conosciute l’11 marzo;

5. –della determinazione del responsabile del III settore – assetto del territorio, attività produttive – dell’8 ottobre 2012, n. 147 di approvazione verbale di gara e affidamento definitivo; determina poco dopo sospesa “riservandosi di adottare in seguito definitivo provvedimento in merito alla gara per l’affidamento dei lavori”;

6. –di ogni altro provvedimento presupposto, connesso o conseguente a quelli impugnati, ancorchè non conosciuto, in quanto lesivo degli interessi della società ricorrente.

motivi aggiunti:

del bando 10 maggio 2012 della gara per procedura aperta per l’affidamento di lavori di riqualificazione e valorizzazione della piazza a. Moro – importo 600.000,00 euro – codice identificativo gara (cog: 4226761185) emanato dal responsabile del terzo settore comunale assetto del territorio e attività produttive e del disciplinare di gara espressamente richiamato dal punto 4) del citato bando in quanto contenente norme integrative “del presente bando, relative alle modalità di partecipazione alla gara, alle modalità di compilazione e presentazione dell’offerta, ai documenti da presentare a corredo della stessa ed alle procedure di

aggiudicazione dell'appalto": punto 1) lett. d; punto 7); punto 9).

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Rocchetta Sant'Antonio e di Società Iandolo Costruzioni S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 30 maggio 2013 il dott. Desirèe Zonno e uditi per le parti i difensori avv. Francesco Caputi Jambrenghi, su delega dell'avv. V.zo Caputi Jambrenghi e avv. Annalisa Morgese, per la ricorrente, avv. Ilde Follieri, su delega dell'avv. Enrico Follieri, per l'amministrazione resistente e gli avv.ti Fabio Benigni e Andrea Di Lieto, per la controinteressata;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente ha partecipato alla gara indicata in epigrafe, da aggiudicarsi con il criterio del massimo ribasso.

L'odierna ricorrente, a seguito di accesso, ha rilevato il difetto della dichiarazione ex art. 38, co 1 lett. b) e c), cod. app., inerente il socio di maggioranza dell'aggiudicataria provvisoria (costituita in forma di s.r.l.; la circostanza della forma societaria viene messa in rilievo in quanto dirimente ai fini dell'applicabilità delle clausole di gara di cui la ricorrente contesta la violazione).

Ha, perciò, evidenziato tale circostanza alla stazione appaltante che ne ha riconosciuto la rilevanza, avviando le relative verifiche, dopo aver sospeso l'aggiudicazione.

La commissione, peraltro, rilevata la mancanza di tale dichiarazione nella maggior parte dei concorrenti e ritenuta tale circostanza imputabile

all'obiettiva oscurità ed equivocità del disciplinare, ha stabilito di invitare le imprese partecipanti ad integrare e regolarizzare la documentazione inerente la dichiarazione sostitutiva dei requisiti generali in questione anche per i soci di maggioranza.

Contesta tale scelta la ricorrente che con due motivi di ricorso denuncia da un lato la violazione della normativa di settore che impone, con le disposizioni contenute nell'art. 38, co 1 lett. b) e c) le dichiarazioni de quibus anche ai soci di maggioranza; dall'altro la contraddittorietà dell'operato della stazione appaltante che avrebbe prima sospeso l'aggiudicazione al fine di operare le dovute esclusioni e poi, invece, consentito la regolarizzazione.

Al ricorso principale si sono, poi, aggiunti un ricorso incidentale da parte dell'aggiudicataria provvisoria e dall'altro un ricorso per motivi aggiunti scaturito dall'impugnativa incidentale e dalle difese delle controparti.

Questa in estrema sintesi la controversia all'oggetto dell'esame del Collegio. Le eccezioni di inammissibilità per difetto di interesse, nonché le ulteriori censure dedotte con il ricorso incidentale (di cui si imporrebbe, in base all'attuale consolidato orientamento giurisprudenziale, l'esame prioritario) e con quello per motivi aggiunti, non scalfiscono il giudizio di infondatezza sul ricorso principale, sicchè può direttamente passarsi all'esame di questo, tralasciando tutte le questioni e doglianze anche se antecedenti, in ordine logico.

L'assunto di parte ricorrente muove dalla tesi secondo cui il requisito di cui si è consentita la regolarizzazione sarebbe stato richiesto, dal disciplinare, a pena di esclusione.

Il tutto sarebbe corroborato dalla circostanza che non si tratterebbe di mera irregolarità sanabile, bensì di elemento necessario.

Deve, invece, rilevarsi, che convince la tesi sostenuta dalla difesa comunale.

Sul punto deve osservarsi che la dichiarazione dei requisiti di cui all'art. 38

co 1 lett. b) e c) cit. viene richiesta, dal disciplinare , per il solo “concorrente” (v. punto 3 lett. A).

La clausola che impone la dichiarazione di cui al punto 3 lett. A (limitatamente alle lett. b) e c) cui all’art. 38, co 1) – dalla quale la ricorrente desume l’obbligo che ritiene violato – è contenuta, per sedes materiae, dopo la dicitura in grassetto “caso di consorzi di cui all’art. 34.....”.

L’ente ha, sul punto, dedotto che tale disposizione rende la clausola quantomeno dubbia, in quanto la sua collocazione subito dopo la dicitura appena citata, induce a ritenere che essa si riferisca solo all’ipotesi di consorzi.

Che essa sia risultata effettivamente di oscura interpretazione è comprovato dal fatto da un lato che la stessa commissione abbia inizialmente sospeso le operazioni per verificarne l’effettiva portata, ma soprattutto dalla circostanza che quasi tutti i concorrenti abbiano omesso la relativa dichiarazione inerente il socio di maggioranza, proprio perché tratti in inganno circa l’effettivo suo valore.

In tale situazione non può che ritenersi che andasse tutelato l’affidamento dei partecipanti alla gara attraverso la consentita regolarizzazione delle dichiarazioni (sul punto v. C.G.A.R.S. n. 1515/2010: “Tutte le disposizioni che in qualche modo regolano i presupposti, lo svolgimento e la conclusione della gara per la scelta del contraente, siano esse contenute nel bando ovvero nella lettera d’invito e nei loro allegati (capitolati, convenzioni e simili), concorrono a formarne la disciplina e ne costituiscono, nel loro insieme, la "lex specialis", per cui in caso di oscurità ed equivocità o erroneità attribuibile alla stazione appaltante, un corretto rapporto tra amministrazione e privato, che sia rispettoso dei principi generali del buon andamento dell’azione amministrativa e di imparzialità e di quello specifico enunciato nell’art. 1337 c.c., che presidia con la buona fede lo svolgimento

delle trattative e la formazione del contratto, impone che di quella disciplina sia data una lettura idonea a tutelare l'affidamento degli interessati in buona fede, interpretandola per ciò che essa espressamente dice, restando il concorrente dispensato dal ricostruire, attraverso indagini ermeneutiche ed integrative, ulteriori ed inespressi significati.

Da ciò la conseguenza che, in caso di clausole equivoche o di dubbio significato, debba preferirsi l'interpretazione che favorisca la massima partecipazione alla gara piuttosto che quella dalla quale derivino ostacoli, e sia meno favorevole alle formalità inutili; ciò anche al fine di ottenere le prestazioni richieste ad un prezzo quanto più vantaggioso, in termini qualitativi e quantitativi, per l'amministrazione (C.d.S., V, 17 ottobre 2008, n. 5064).

Il principio dell'affidamento va, in definitiva, ribadito a maggior ragione tutte le volte che l'errore non sia imputabile al privato, ma alla stazione appaltante che abbia configurato clausole e dichiarazioni in modo non corretto, ma senza incidere, attraverso quelle, sul diritto di partecipazione alla gara.”).

Né potrebbe sostenersi che, essendo le disposizioni di cui all'art. 38, co 1 lett. b) e c), cit. cogenti, la esclusione andasse comunque comminata.

Infatti, da un lato le norme citate impongono l'esclusione in ipotesi di difetto del requisito sostanziale (e non della relativa dichiarazione); dall'altro il bando, per come interpretato, non contemplava la relativa clausola di esclusione per il difetto della dichiarazione in questione.

Infine, deve rilevarsi che, comunque, il bando non risulta neppure impugnato per contrasto con la disposizione dell'art. 38, sicchè ogni questione sul punto risulta in realtà superflua.

Per le ragioni appena esposte, il ricorso principale va respinto, restando assorbiti sia quello incidentale, sia quello per motivi aggiunti.

In considerazione della ritenuta oscurità delle clausole della *lex specialis*

(riconosciuta dalla stessa S.A.), sussistono giusti motivi per la compensazione integrale delle spese di giudizio, tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, rigetta il ricorso principale, dichiarando assorbiti quello incidentale e quello per motivi aggiunti.

Spese integralmente compensate tra le parti.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 30 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Sabato Guadagno, Presidente

Desirèe Zonno, Primo Referendario, Estensore

Oscar Marongiu, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/07/2013

IL SEGRETARIO

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