

N. 03899/2013REG.PROV.COLL.
N. 08563/2012 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 8563 del 2012, proposto da:

Artigiancassa s.p.a., Pmiequity s.p.a. e Creditfidi s.c.a.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, rappresentate e difese dagli avv.ti Massimo Colarizi e Sergio Caracciolo, con domicilio eletto presso Massimo Colarizi in Roma, viale Bruno Buozzi, n. 87;

contro

Regione Abruzzo, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, alla via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti di

Fira s.p.a. - Finanziaria Regionale Abruzzese, in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese (Rti) costituito con Tercas s.p.a., Caripe s.p.a., Carispaq s.p.a., Bls s.p.a. e Carichieti s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Marcello Russo e Manuel De Monte, con domicilio eletto presso Marco Croce in Roma, via Nizza, n. 63;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO, L'AQUILA, SEZIONE I, n. 00518/2012, resa tra le parti, concernente selezione per l'affidamento in concessione per la costituzione e gestione di un fondo di rotazione per aiuti alle piccole e nuove imprese innovative - risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Abruzzo e della Fira s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 giugno 2013 il Cons. Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati Colarizi, De Monte e Lumetti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Regione Abruzzo, con determina del dirigente del Servizio Appalti Pubblici e Contratti n. DD4/070 del 12 luglio 2011, indiceva una procedura aperta per la “selezione di un soggetto gestore al quale affidare in concessione la costituzione e la gestione di un fondo di rotazione, ivi compresa la relativa attività di cassa, per aiuti alle piccole nuove imprese innovative e per facilitare la fusione/agggregazione di consorzi fidi”.

Alla gara, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, partecipavano il raggruppamento costituendo capeggiato dalla FIRA s.p.a., risultato aggiudicatario, nonché quello di cui sono componenti le società ricorrenti.

Avverso l’aggiudicazione proponeva ricorso innanzi al TAR Abruzzo l’associazione temporanea di imprese (ATI) con capofila Artigiancassa s.p.a deducendo i seguenti motivi:

- violazione e falsa applicazione della normativa di gara e in particolare in

relazione agli artt. 3 e 7 del Disciplinare. Violazione del D.P.R. n. 207/2010;

- Violazione e falsa applicazione della normativa di gara (bando, disciplinare), nonché dell'art. 38 del D.L.vo n. 163/2006.

Il TAR adito, con la sentenza in epigrafe, respingeva il gravame.

Avverso tale pronuncia la Artigiancassa s.p.a., e gli altri soggetti in epigrafe indicati, propongono il presente appello, con il quale reiterano le censure disattese dal Primo Giudice.

Si sono costituite in giudizio, la Regione Abruzzo e l'Ati aggiudicataria Fira s.p.a..

All'udienza dell'11 giugno 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. L'appello è infondato.

2.1. Con il primo motivo di appello la ricorrente contesta l'erroneità della sentenza gravata nella parte in cui i Primi Giudici hanno ritenuto legittima l'interpretazione data dalla commissione alla formula stabilita dall'art. 3, lett. B, del disciplinare di gara, con riguardo al criterio di attribuzione del punteggio relativo all'offerta economica.

Invero, il disciplinare di gara, all'art. 3 sopra richiamato, prevedeva l'applicazione della formula $PE = Val(\text{min.}) / Val(\text{offerta}) \times 25$. Inoltre, l'art. 7 del bando imponeva ai concorrenti, ai fini dell'applicazione della formula, di riportare nell'offerta economica il "ribasso percentuale offerto".

Ad avviso delle ricorrenti, la formula di cui all'art. 3, lett. b, del disciplinare, sarebbe inutilizzabile in quanto frutto di un evidente errore materiale. Essendo, infatti, i termini della formula dati dai rispettivi ribassi percentuali offerti (secondo quanto si desumerebbe dall'art. 7 della *lex specialis*, i concorrenti dovevano indicare "il ribasso percentuale offerto ai fini dell'applicazione di cui all'art. 3, punto b del presente disciplinare"), la stessa avrebbe senso solo a termini invertiti, visto che altrimenti si attribuirebbe un punteggio maggiore all'offerta più onerosa (un ribasso del

10%, ipotizzato come il maggiore, conseguirebbe 25 punti, uno del 5% invece 50).

Sarebbe pertanto illegittimo l'operato della commissione che, per far funzionare la formula, ha invece utilizzato, violando così la *lex specialis*, i valori assoluti delle offerte. Constatata l'impossibilità di far ricorso alla formula del disciplinare, sarebbe stato invece necessario, come era in un primo tempo avvenuto, utilizzare il rapporto Ra/R_{max} di cui all'allegato P del Regolamento (DPR n. 207/2010). Ciò avrebbe consentito sia di rimuovere l'errore materiale contenuto nel disciplinare che di interpretare il disciplinare alla luce della previsione imperativa del citato art. 83, comma 5, del D.L.vo n. 163/2006, che limita la discrezionalità dell'amministrazione alla scelta di uno dei parametri stabiliti dal regolamento.

Il motivo non merita positiva valutazione.

Il Consiglio deve muovere dall'assunto secondo cui la formula del disciplinare non può funzionare se si utilizzano i ribassi percentuali, essendo pacifico che l'applicazione pedissequa della *lex specialis*, parametrata ai ribassi percentuali, sortirebbe l'effetto abnorme di attribuire un punteggio maggiore all'offerta più onerosa.

A fronte di tale dato si tratta di verificare se debba essere seguita la strada suggerita dell'appellante, imperniata sull'inversione dei fattori considerati dalla rammentata formula, ovvero la via ermeneutica utilizzata dal Primo Giudice, incentrata sull'applicazione della formula ai termini dati dai valori assoluti delle offerte economiche.

Il Collegio reputa meritevole di condivisione la soluzione sostenuta dal Primo Giudice in quanto, per un verso, assicura il rispetto del dato letterale e, per altro verso, garantisce il rispetto dell'esigenza di proporzionalità e del canone di coerenza.

Quanto al primo aspetto, infatti, la soluzione abbracciata nella sentenza appellata evita la disapplicazione della *lex specialis, sub specie* di inversione dei

termini della formula volta ad emendarla dal dedotto errore materiale, e applica la disciplina di gara muovendo dal corretto assunto secondo cui ogni ribasso percentuale si traduce in un valore numerico suscettibile di essere rappresentato in termini assoluti.

Decisiva appare, poi, venendo al secondo aspetto, la considerazione sostanziale, sviluppata dal Primo Giudice attraverso puntuali esemplificazioni, che la formula propugnata dai ricorrenti non assicura la coerenza proporzionale del punteggio rispetto alla differenza esistente tra le offerte, diversamente dall'interpretazione seguita dalla commissione che rispetta il principio di proporzionalità tra il punteggio attribuito e l'entità delle rispettive offerte.

Non giova, infine, all'appellante l'accento posto sui riferimenti letterali recati dagli artt. 3 e 7 del disciplinare rispettivamente al "valore del ribasso" e al "ribasso percentuale offerto...ai fini dell'applicazione" della formula in questione, in quanto tali dati devono essere letti in un contesto interpretativo che assicuri il funzionamento operativo del meccanismo fissato dalla *lex specialis*.

Tali espressioni devono, quindi, essere analizzate in base all'unica lettura capace di non vanificare la portata della formula che intendono esplicitare, ossia considerando i termini del rapporto come riferiti ai prezzi assoluti offerti e non ai ribassi percentuali.

2.2. Con il secondo motivo di appello si denuncia la mancata esclusione dell'Ati aggiudicataria per aver omesso la dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. m) quater, del codice dei contratti pubblici.

Il Tar, aderendo all'orientamento giurisprudenziale che ricollega l'esclusione al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti e non alla mera mancanza della dichiarazione, ha ritenuto non fondata la censura.

Il Consiglio, pur condividendo in linea di principio l'assunto sostenuto dall'appellante principale in merito alla non praticabilità del soccorso

istruttorio in caso di mancata presentazione di una dichiarazione richiesta dalla *lex specialis* a pena di esclusione, reputa fondato il ricorso incidentale di primo grado riproposto in appello, con il quale il raggruppamento aggiudicatario contesta l'equivocità del modello predisposto dalla stazione appaltante nella parte in cui, alla lettera O dell'allegato A, richiede la formulazione delle dichiarazioni relative alle situazioni di controllo con riguardo ai "partecipanti" e non ai "concorrenti", in guisa da ingenerare il dubbio circa la riferibilità delle dichiarazioni *de quibus* ai rapporti intrattenuti con gli altri soggetti concorrenti alla gara ovvero alle relazioni con gli altri operatori economici partecipanti allo stesso raggruppamento d'impresе. Si deve allora convenire che l'omissione compiuta dalla TERCAS e dalla CADIPE (mandanti del Rti Fira) è stata giustificata dall'ambiguità della disciplina recata *in subiecta materia* dalla normativa di gara.

Ne deriva la legittimità del soccorso istruttorio concesso dalla stazione appaltante al fine di rimediare ad un'omissione causata dalla scarsa trasparenza della *lex specialis*.

3. Le considerazioni che precedono impongono la reiezione dell'appello e la conferma, pur se con motivazione parzialmente diversa, della sentenza gravata.

La complessità delle questioni di diritto giustifica la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Carlo Saltelli, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/07/2013

IL SEGRETARIO

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