

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio  
(Sezione Terza Bis)  
ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 4126 del 2009, proposto da:  
Soc. E. Srl in persona del legale rappresentante p.t. in proprio ed in qualità di mandataria del Raggruppamento temporaneo con Soc. L. Srl in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dagli avvocati M. L. ed L.T.G. ed elettivamente domiciliate presso lo Studio Legale L. B. in Roma, viale P., x;

contro

il Ministero del Lavoro della Salute e delle Politiche Sociali, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato e domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

S. I. E. Srl in persona del legale rappresentante, controinteressato n.c.g.;  
per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del provvedimento di cui alla lettera ministeriale prot. 17/III/00007438 datato 30 aprile 2009, ricevuto dalle ricorrenti il 6 maggio successivo, di esclusione dalla gara per l'affidamento di servizi di valutazione indipendente (PON governante e azioni di sistema o.b. 1 - convergenza ed il PON azioni di sistema Ob. 2 - Competitività regionale ed occupazione), nonché di ogni altro atto indicato nell'epigrafe del ricorso con particolare ma non esclusivo riferimento: ai verbali di commissione giudicatrice n. 1 del 30 marzo 2009 e n. 2 del 23 aprile 2009; al documento pubblicato in data incognita inerente la "Risposta a quesiti" (con particolare riferimento al quesito n. 6) solo di recente conosciuto dalle ricorrenti; al bando ed al disciplinare di gara; all'ipotetico provvedimento di ripresa dei lavori della commissione, alla eventuale aggiudicazione provvisoria/definitiva di gara;.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero del Lavoro della Salute e delle Politiche Sociali;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2009 il dott. Pierina Biancofiore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

**FATTO**

Con ricorso notificato al Ministero del lavoro ed alla controinteressata in data 18 maggio 2009 e depositato il successivo 22 maggio, le società ricorrenti espongono di avere preso parte ad una procedura per l'affidamento dei servizi di valutazione indipendente (PON Governance e azioni di sistema Ob 1 - Convergenza ed il PON Azioni di sistema Ob. 2 - Competitività Regionale e Occupazione) presso quell'Amministrazione, rimanendone tuttavia escluse.

Avverso il provvedimento di esclusione deducono:

- violazione dell'art. 97 Cost. e dell'art. 1 della L. n. 241 del 1990; violazione degli articoli 46 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e articolo 6 della L. 7 agosto 1990, n. 242 e 47 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445. Eccesso di potere per disparità di trattamento, ingiustizia manifesta e difetto di presupposto. Violazione dei principi in materia di par condicio e di massima partecipazione.

Lamentano che oramai costituisce principio consolidato e pacifico l'orientamento secondo cui l'art. 46 del Codice dei contratti nel disporre che le Amministrazioni invitano, se necessario, le ditte partecipanti a gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici a fornire chiarimenti, non ha inteso assegnare alle stesse una mera facoltà, ma ha inteso codificare un ordinario modo di procedere. Il potere dell'Amministrazione appaltante di invitare i privati alla regolarizzazione della documentazione prodotta in sede di gara costituisce diretta espressione del principio stabilito in generale dall'art. 6 della L. n. 241 del 1990. Nel caso in specie è accaduto che l'impresa offerente

ha prodotto la documentazione non conforme a quella richiesta dal bando in ragione di una clausola equivoca dello stesso. L'esercizio da parte dell'Amministrazione del "dovere di soccorso" non avrebbe arrecato alcuna lesione della par condicio, perché il requisito era stato già tempestivamente - seppure parzialmente - dichiarato dalle società appartenenti al costituendo r.t.i. in sede di presentazione della offerta, come imposto dagli atti di gara. Lo stesso tenore letterale della dichiarazione resa dalle ricorrenti ai sensi dell'art. 10.5 del Disciplinare (esecuzione nel triennio precedente la data di pubblicazione del bando di servizi analoghi) rende evidente che le stesse abbiano erroneamente individuato nel triennio 2005-2007 e non nel triennio 2006-2008 quello di riferimento. Ma la illegittimità è ancora più evidente se si tiene conto che la Commissione, con riferimento alla offerta di altro concorrente (XXX spa) ha dato corso al procedimento di completamento documentale.

- violazione della lex specialis e del principio dell'autovincolo, violazione degli articoli 46 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e 47 del d.P.R. n. 445/2000, violazione degli articoli 1, 3, 4, 5 e 6 della L. 7 agosto 1990, n. 241. Eccesso di potere per disparità di trattamento, contraddittorietà, ingiustizia manifesta, difetto di presupposto, violazione dei principi in materia di par condicio e di massima partecipazione. Violazione dell'art. 97 Cost., e del principio di imparzialità.

Il Capitolato di gara all'art. 10.1, 7° paragrafo prevede espressamente che le condizioni ed i requisiti sono quelli risultanti dalle richieste documentali specificate ai successivi sottoparagrafi e fa riferimento alla richiesta di chiarimenti di cui all'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006. Trattasi di un auto vincolo recato dalla lex specialis, contro il quale vanno, invece, i provvedimenti adottati dall'Amministrazione. Insistono sulla disparità di trattamento tenuta dalla Commissione di gara nei confronti della XXX, che è stata invitata a chiarire la documentazione presentata contrariamente alle ricorrenti.

Concludono per l'accoglimento dell'istanza cautelare e del ricorso.

L'Amministrazione si è costituita in giudizio, contestando ogni doglianza e concludendo, invece, per la reiezione della richiesta cautelare e del ricorso.

Alla Camera di Consiglio del 18 giugno 2009 è stata accolta la richiesta di sospensione del provvedimento impugnato e la trattazione della causa è stata rinviata alla pubblica udienza del 13 luglio 2009 alla quale, infine, il ricorso è stato trattenuto in decisione, previo scambio di memorie tra le parti.

#### **DIRITTO**

1. In via pregiudiziale vanno esaminate le eccezioni opposte dalla resistente Amministrazione del Lavoro.

Quest'ultima ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per essere stato notificato soltanto alla resistente ed ad un'altra delle imprese offerenti, la S.I.E. s.r.l., anziché notificarlo a tutti i controinteressati.

L'eccezione va respinta.

Deve, infatti, essere osservato che il provvedimento al momento impugnato contiene l'esclusione della ricorrente dalla gara e per giurisprudenza costante "Nei giudizi di impugnazione del provvedimento di esclusione dalla gara non è configurabile alcun controinteressato al quale notificare il ricorso con la conseguenza che è infondata l'eccezione di inammissibilità del gravame per mancata notifica ad alcun controinteressato." (TAR Lazio, Roma, sezione III, 10 maggio 2006, n. 3410; TAR Lombardia, Brescia, 19 maggio 2005, n. 538, TAR Puglia, Lecce, 18 ottobre 2003, n. 6953). Né nel caso in esame vi era ancora un aggiudicatario provvisorio al momento in cui il ricorso è stato presentato, né l'Amministrazione ha reso noto al Collegio, se, nelle more del giudizio, si sia determinata in tal senso, sì da rendersi necessaria la notifica del ricorso anche a tale aggiudicatario provvisorio, con conseguente declaratoria di inammissibilità, in mancanza di tale notifica, (TAR Lazio, sezione 1, 22 gennaio 2004, n. 634).

L'eccezione va, dunque, respinta.

2. Il ricorso è fondato nei termini di cui appresso.

In punto di fatto va precisato quanto segue per una migliore disamina della questione sottoposta al Collegio.

Il Disciplinare di gara, facente parte integrante del Capitolato della gara di cui in narrativa, al punto 10.4 recante la rubrica "Capacità economica e finanziaria - prove richieste" stabiliva che:

"A dimostrazione del possesso di adeguata capacità economica e finanziaria, dovrà essere presentata dichiarazione sostitutiva di atto notorio, resa dal legale rappresentante ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. n. 445/2000 nella quale sia attestato:

a) volume di affari (fatturato globale) riportato dall'impresa negli esercizi 2005-2006-2007: tale volume a pena di esclusione, non dovrà essere complessivamente inferiore per il detto triennio all'importo posto a base d'asta (IVA esclusa) della presente procedura, moltiplicato per il coefficiente 1,5;". Poiché l'importo a base d'asta, esclusa l'IVA, ammontava ad Euro 800.000 il fatturato globale che le imprese dovevano dimostrare nel triennio 2005 - 2006 - 2007 era pari a complessivi Euro 1.200.000,00.

L'altra norma che interessa ai fini del decidere è l'art. 10.5 del Disciplinare recante la rubrica "Capacità tecnica - prove richieste":

"A dimostrazione del possesso di adeguata capacità tecnica, dovrà essere presentata dichiarazione sostitutiva di atto notorio, resa dal legale rappresentante ai sensi dell'articolo 47 del d.P.R. 445/2000, nella quale sia attestato che il soggetto proponente ha avuto affidati ed ha eseguito, nel triennio precedente alla data di pubblicazione del bando sulla G.U dell'Unione Europea (se in corso vale la quota parte eseguita) incarichi per l'espletamento di servizi corrispondenti od analoghi a quelli oggetto del presente capitolato, per un importo (IVA esclusa) complessivamente non inferiore all'importo a base d'asta (IVA esclusa) della presente procedura,..."

E' accaduto che la ricorrente dichiarasse ai sensi dell'art. 10.4 del Disciplinare un fatturato globale nel triennio 2005 - 2006 - 2007 di Euro 12.357.928,00 di molto superiore al milione e duecentomila richiesto dalla detta lex specialis e che ai sensi dell'art. 10.5 dichiarasse un fatturato in servizi analoghi o corrispondenti a quelli oggetto della gara pari ad E.966.110,74, comunque superiore agli 800.000 euro di servizi analoghi richiesti dalla lex specialis, riferendolo sempre al triennio 2005-2006-2007, anziché al triennio 2006-2007-2008, ritenendo che il primo fosse il triennio precedente al bando.

La società XXX, nei confronti della quale parte ricorrente lamenta la disparità di trattamento e la violazione dei principi di par condicio, dichiarava invece un volume del fatturato specifico ai sensi dell'art. 10.4 del Capitolato per gli anni 2006-2007-2008 anziché per gli anni 2005-2006-2007, come si rileva dalla apposita notazione a pag. 5 del verbale di gara in data 30 marzo 2009.

Ora però, mentre per la XXX la Commissione di gara riteneva "sussistenti i presupposti per l'attivazione del sub procedimento di cui all'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006 e cioè riteneva possibile che l'impresa, tramite dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà ex art. 47 del DPR n. 445/2000, dichiarasse il volume di affari globale e specifico per gli anni 2006-2007 ai sensi del menzionato articolo 10.4, suggerendo all'Amministrazione "di considerare pari a zero il volume di affari relativo all'anno 2005 non dichiarato dalla predetta società nella documentazione contenuta nella busta A dell'offerta di gara", tale richiesta di chiarimenti non avveniva per il costituendo raggruppamento E. - L.. Nella riunione del 23 aprile 2009 la Commissione di gara, dunque, prendeva in considerazione la documentazione spedita dal XXX su richiesta dell'Amministrazione e "accerta l'invio entro i termini della documentazione richiesta e che il volume d'affari globale degli esercizi 2006 - 2007 rientra comunque nell'importo stabilito come soglia di accesso alla procedura".

Riguardo alla documentazione contenuta nella Busta A presentata dal costituendo RTI E. così si esprimeva:

"Con riferimento al punto 10.4 "Capacità economica e finanziaria" del capitolato, il fatturato globale e specifico del capofila E. srl risulta pari a E. 1.200.000,00 e pertanto con lo stesso è soddisfatto il requisito minimo di partecipazione stabilito nel capitolato per lo specifico punto, pur se la Commissione attesta il mancato invio dell'analogo documentazione da parte dell'associanda L. s.r.l.".

Quanto al requisito di cui all'art. 10.5 del capitolato la Commissione, nella medesima seduta osserva: "il capofila E. s.r.l. ha presentato dichiarazione sostitutiva di atto notorio attestante l'espletamento dei servizi analoghi nel

triennio errato 2005 - 2007 piuttosto che il corretto 2006 - 2008 stabilito nel capitolato di gara al punto 10.5.

La Commissione dunque esamina quanto dichiarato da E. s.r.l. esclusivamente per le annualità 2006 e 2007 non potendo considerare l'anno 2005 in quanto non conforme a quanto previsto dal capitolato di gara a pena di esclusione.

La Commissione procede alla somma degli importi indicati dal concorrente per gli anni 2006 e 2007 e rileva che:

gli incarichi realizzati nel corso dell'anno 2006 risultano pari ad Euro 244.611,923 e gli incarichi realizzati nel corso dell'anno 2007 risultano ad E. 402.794,82 per un totale pari ad Euro 647.406,74.

Tale importo complessivo risulta evidentemente essere inferiore alla soglia richiesta al punto 10.5 "Capacità tecnica" del capitolato che prevede incarichi di servizi corrispondenti per un importo complessivamente non inferiore all'importo posto a base d'asta che è fissato in E. 800.000,00 (Iva esclusa".

Palese è la disparità di trattamento nella analisi delle posizioni della ricorrente e della XXX, operata dalla Commissione di gara.

E' vero che, come sostiene l'Amministrazione le situazioni sottoposte al vaglio della Commissione erano differenti, non avendo il costituendo raggruppamento ricorrente dimostrato la capacità tecnica in servizi analoghi per l'anno 2008 e laddove la XXX, ammessa invece alla procedura dei chiarimenti ex art. 46/D.LGs. n. 163, non ha dimostrato un requisito diverso e cioè la capacità economico finanziaria per il 2005.

Ma a fronte di tali differenti situazioni la Commissione di gara, inopinatamente, abbatte per tutte e due le concorrenti l'anno 2005, nel caso della XXX, perché aveva mancato di dichiararlo nella documentazione dimostrativa di cui al punto 10.4 del capitolato cioè per la capacità economico finanziaria, nel caso del RTI E., perché quanto dichiarato in ordine al punto 10.5 sulla capacità tecnica non risultava "conforme a quanto previsto dal capitolato a pena di esclusione"

Vi è il non inconsistente particolare che anche il requisito relativo alla capacità economico finanziaria, doveva essere dimostrato a pena di esclusione, sicché delle due l'una: a fronte della medesima sanzione per tutti e due i requisiti - della capacità economico-finanziaria e della capacità tecnica - o si facevano integrare le dichiarazioni ad entrambe le concorrenti, oppure non si facevano integrare a nessuna.

L'operato della Commissione ha realizzato un ibrido illegittimo sotto il profilo della disparità di trattamento e della violazione del principio di par condicio. Ad una più attenta disamina non tiene neppure molto la tesi propugnata dall'Amministrazione che, anche con memoria per l'udienza pubblica, ha insistito sulla posizione che "la facoltà di integrazione della documentazione allegata all'offerta è consentita solo nelle ipotesi in cui occorra chiarire il contenuto di una domanda presentata ritualmente e tempestivamente e non per sopperire a carenze strutturali.(TAR Campania, Napoli, 23 aprile 2009, n. 2148)". (memoria del 7 luglio 2009).

Se è vero ciò e la tesi è del tutto condivisibile, se di carenza strutturale si deve parlare nella dichiarazione relativa alla capacità tecnica ex articolo 10.5 del disciplinare per la ricorrente, perché è mancato un anno e cioè il 2008, si deve parlare analogamente di carenza strutturale nella dichiarazione sulla capacità economico finanziaria ex art. 10.4 del disciplinare per la XXX, perché è mancato un anno e cioè il 2005, con la conseguenza ripetuta che per nessuna delle due concorrenti, allora, secondo le tesi dell'Amministrazione, la Commissione avrebbe dovuto procedere alla richiesta di chiarimenti.

Oppure non si trattava di carenza strutturale per nessuna delle due, perché sostanzialmente la dichiarazione sul fatturato globale da parte della XXX c'era stata al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, anche se per il triennio sbagliato, e per la ricorrente la dichiarazione sulla capacità tecnica vi era stata, anch'essa, al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, anche se per il triennio sbagliato ed allora si poteva procedere per entrambe alla richiesta di chiarimenti ex art. 46/D.Lgs. n. 163.

D'altra parte la norma ora citata è molto chiara, consentendo i chiarimenti soltanto al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati e nel caso in esame così era, essendosi verificato l'errore sul triennio nelle

dichiarazioni presentate da parte di entrambe le concorrenti, seppure per due requisiti differenti e la giurisprudenza sull'argomento non può che essere gregaria della norma: Consiglio di Stato, sezione IV, 10 maggio 2007, n. 2254. Nella medesima sentenza l'Alto Consesso rileva che "In caso di ambiguità o incompletezza del bando, l'amministrazione ha la facoltà, e non l'obbligo, di invitare alla regolarizzazione della documentazione esibita nel rispetto del principio della parità di trattamento.", che è invece mancato nel caso in esame. Per le considerazioni di cui sopra il ricorso va pertanto accolto ed assorbita l'unica doglianza non trattata, peraltro costituente un aspetto di quella principalmente proposta, per l'effetto va annullato il provvedimento di esclusione di cui alla nota del Ministero del Lavoro, della Salute e della Previdenza sociale a prot. n. 000734 del 30 aprile 2009, nonché i verbali della commissione di gara del 30 marzo 2009 e del 23 aprile 2009 nella parte in cui la Commissione di gara non ha consentito i chiarimenti ex art. 46/D.Lgs. n. 163 anche per il ricorrente costituendo raggruppamento.

Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio - Sezione Terza bis definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento di esclusione di cui alla nota del Ministero del Lavoro, della Salute e della Previdenza sociale a prot. n. 000734 del 30 aprile 2009, nonché i verbali della commissione di gara del 30 marzo 2009 e del 23 aprile 2009 nei termini in motivazione precisati.

Condanna il Ministero del lavoro, della Salute e della Previdenza sociale al pagamento di Euro 3000,00 per spese di giudizio ed onorari a favore delle ricorrenti E. s.r.l. e L. s.r.l.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Evasio Speranza, Presidente

Massimo Luciano Calveri, Consigliere

Pierina Biancofiore, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/09/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO