TAR CALABRIA di CATANZARO - SENTENZA 3 luglio 2009, n.713

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1308 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

XXX S.A., ZZZ Spa, KKK Srl e dott. V. A. F., rappresentati e difesi dagli avv.ti M. L. e P. R., con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. F. e M. in Catanzaro, viale G. A., x;

contro

YYY S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. A. G., con domicilio eletto presso lo studio del difensore in Catanzaro, via V. V., x;

nei confronti di

WWW Srl, in qualità di capogruppo del costituendo raggruppamento temporaneo con Studio A. Srl e Geol. M. M. rappresentata e difesa dall'avv. D. V., con domicilio eletto presso lo studio del difensore in Catanzaro, via V. V., x;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

con il ricorso principale:

- della nota prot. 441 del 13.11.2008, comunicata a mezzo fax in pari data, a firma del Responsabile del procedimento – Direttore Generale della YYY srl di avvenuta esclusione del costituendo Raggruppamento Temporaneo di Progettisti dalla gara;
- della nota prot. n. 457 del 19.11.2008, comunicata via fax in pari data, a firma del Responsabile del procedimento – Direttore Generale della YYY srl di non riammissione del costituendo Raggruppamento Temporaneo di Progettisti alla gara;
- di ogni atto presupposto, consequenziale o comunque connesso con quelli impugnati, ivi compresi la determinazione della Commissione di gara di esclusione della ricorrente in data 12.11.2008 nonché, ove occorra, tutti i precedenti verbali di gara, il bando di gara ed il disciplinare di gara,

e per la condanna al risarcimento del danno subito dal ricorrente, ai sensi dell'art. 35 D.Lgs. 31.3.1998 n. 80 e dell'art. 6 della legge 21.7.2000 n. 205, da quantificarsi in corso di causa;

con i motivi aggiunti depositati in data 13/01/2009:

del provvedimento di aggiudicazione di appalto avente ad oggetto l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura del "Servizio ferroviario metropolitano area di Catanzaro - Nuovo collegamento metropolitano ferroviario tra Germaneto nella valle del Corace e la città di Catanzaro", indetta con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei verbali di gara e dell'eventuale provvedimento d aggiudicazione definitiva e/o di approvazione dei risultati della gara qualora intervenuti;

con i motivi aggiunti depositati in data 09/02/2009:

-del provvedimento di aggiudicazione della gara di appalto del 09/12/2008 avente ad oggetto l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura del "Servizio ferroviario metropolitano area di Catanzaro - Nuovo collegamento metropolitano ferroviario tra Germaneto nella valle del Corace e la città di Catanzaro", a favore del Costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese SINTAGMA srl, nonchè di tutti i verbali e gli atti di gara;

- della nota di richiesta documentazione del 09/12/2008, prot. n. PCA/1504, inviata dalla stazione appaltante al costituendo raggruppamento;

con i motivi aggiunti depositati in data 16/02/2009:

per l'annullamento e la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato in data 12/01/2009 tra la YYY srl e il RTP XXX srl.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di YYY S.r.l.;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di XXX Srl;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 05/06/2009 la dott.ssa Anna Maria Verlengia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Espone la RTI ricorrente di aver partecipato alla gara, indetta dalla YYY srl con bando pubblicato il 26/7/2008, per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura del "servizio ferroviario metropolitano area di Catanzaro – Nuovo collegamento metropolitano ferroviario tra Germaneto nella valle del Corace e la città di Catanzaro" da aggiudicarsi con procedura aperta in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.
Il bando di gara prevedeva al punto III.2.2 i requisiti di capacità economica e finanziaria dei concorrenti, costituito dall'aver realizzato, negli ultimi cinque esercizi anteriori alla data di pubblicazione del bando, un fatturato globale per un importo pari a tre volte l'importo stimato delle prestazioni oggetto dell'appalto. Prevedeva, altresì, che, in caso di ATI il capogruppo deve possedere il requisito nella misura non superiore al 60 %, non prevedendo nulla di più specifico per le mandanti.
Con nota del 9/10/2008 prot. DG/388 veniva richiesto alla RTI ricorrente di produrre, nel termine perentorio di dieci giorni, la documentazione attestante il possesso dei requisiti relativi alla capacità economica-finanziaria e alla capacità tecnica organizzativa, oggetto delle dichiarazioni contenute nella busta A, essendo stata la ricorrente sorteggiata ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 48 del dlgs 163/2006.
Nel termine di dieci giorni la ricorrente produceva la suddetta documentazione per tutti e 4 i componenti del costituendo raggruppamento.
In data 13/11/2008 la resistente, YYY srl, inviava la nota prot. n. 441 con la quale comunicava l'esclusione dalla procedura della ricorrente in quanto la copia dei Modelli Unici del professionista, Geologo dott. V., non risultavano corredati dalle relative ricevute di presentazione ai competenti uffici delle entrate, come espressamente previsto dal disciplinare.
Con formale richiesta, inviata a mezzo fax il 17/11/2008, la ricorrente invitava la stazione appaltante a disporre, in autotutela, l'immediata riammissione alla gara, nonché l'annullamento della determinazione di esclusione rilevando che la presentazione delle ricevute di pagamento dei Modelli Unico non era prescritta a pena di esclusione dal disciplinare di gara, che la prova del possesso dei prescritti requisiti economico finanziari era stata ampiamente fornita, in considerazione dell'irrilevanza del fatturato del professionista, ed infine della possibilità di richiedere, nel caso di specie, l'integrazione documentale.
Con comunicazione del 19/11/2008 YYY dichiarava di non potere prendere il considerazione le richiesta della ricorrente.
Avverso la predetta esclusione la RTI propone ricorso, formulando, con un unico articolato motivo le seguenti censure:
-violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara. Eccesso di potere per illegittimità dell'operato della stazione appaltante, difetto dei presupposti e illogicità dell'azione amministrativa. Violazione e falsa applicazione degli art. 46 e 48 del dlgs, nonché dell'art. 97 Cost. Violazione dei principi in tema di pubbliche gare.

Violazione e falsa applicazione dell'art. 18 della legge 241/90 e s.m. e dell'art. 43 del DPR 445/2000.
Sostiene la ricorrente che:
1) la presentazione delle ricevute non era prescritta a pena di esclusione dal disciplinare;
2) il possesso del requisito economico finanziario era abbondantemente integrato (159 volte quello minimo richiesto dal bando) dalla documentazione prodotta dagli altri componenti della RTI;
3) la produzione delle ricevute, avendo già prodotto copie del Modello Unico, poteva essere oggetto di integrazione o di acquisizione d'ufficio ai sensi dell'art. 43 DPR 445/2000.
Conclude chiedendo l'annullamento dell'esclusione e il risarcimento del danno.
Si è costituita la società r.l. YYY con controricorso con il quale resiste nel merito evidenziando, tra le altre argomentazioni, il carattere perentorio del termine di dieci giorni previsto dall'art. 48, 1° comma, del Codice Appalti.
Con motivi aggiunti depositati il 13 gennaio 2009 la RTI ricorrente impugnava il provvedimento di aggiudicazione per illegittimità derivata, reiterando l'istanza cautelare e la domanda di risarcimento del danno.
Con memoria, depositata il 12 gennaio 2009, la resistente YYY eccepisce l'inammissibilità dei motivi aggiunti e del ricorso principale sia per omessa indicazione degli estremi dell'atto che per l'omessa notificazione all'aggiudicatario e, conseguentemente, l'improcedibilità del ricorso principale per sopravvenuta carenza di interesse.
Con ordinanza n. 42 del 2009, adottata a seguito della camera di Consiglio del 16 gennaio 2009, il Tribunale respingeva la richiesta misura cautelare atteso che, allo stato degli atti, non risultava integro il contraddittorio.
Le ricorrente, in data 27 gennaio 2009, notificava i predetti motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione alla RTI controinteressata.
Con memoria depositata il 14 gennaio 2009 la società YYY comunicava l'avvenuta stipula del contratto con il Raggruppamento risultato aggiudicatario, chiedendo il rigetto dell'istanza cautelare, reiterata con i motivi aggiunti.
Con secondi motivi aggiunti depositati il 9 febbraio 2009 la ricorrente impugna il provvedimento di aggiudicazione articolando i seguenti motivi di censura:
1) violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara. Eccesso di potere per illegittimità dell'operato della stazione appaltante, difetto dei presupposti e illogicità dell'azione amministrativa. Violazione e falsa applicazione degli artt. 46 e 48 del dlgs 163/2006, nonché dell'art. 97 Cost. Violazione dei principi in tema di pubbliche gare. Violazione e falsa applicazione dell'art. 18 della legge n. 241/90 e s.m. e dell'art. 43 del DPR n. 445/2000.
Con tale motivo ribadisce l'illegittimità dell'aggiudicazione, derivata dall'illegittima esclusione della ricorrente, essendo venuto a mancare un termine decisivo per il confronto a coppie costituito dall'offerta di quest'ultima;
2) violazione dell'art. 79, comma 5, del dlgs 163/2006. Violazione dell'art. 11, comma 10, del dlgs 163/2006. Violazione dell'art. 12, comma 1, del dlgs 163/2006. violazione dell'art. 48, comma 2, dlgs 163/2006; violazione dell'art. 3 del disciplinare di gara. Eccesso di potere, sviamento.
La difesa di parte ricorrente con tale motivo denuncia la violazione dell'obbligo, previsto dall'art. 79, comma 5 del codice appalti, di comunicare alla ricorrente l'intervenuta aggiudicazione definitiva

dell’appalto a favore del raggruppamento XXX e la violazione dell’art. 11, coma 10, del codice appalti ove prevede che il contratto non possa essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione.
Con tale atto parte ricorrente quantifica il danno per danno emergente e lucro cessante in complessive euro 66.442,06, oltre interessi e rivalutazione.
Con terzi motivi aggiunti, depositati il 16 febbraio 2009, parte ricorrente reitera l’impugnazione avverso il provvedimento di aggiudicazione ed impugna, altresì il contratto stipulato in data 12 gennaio 2009 dalla YYY con l’RTP XXX chiedendone l’annullamento e la dichiarazione di inefficacia. Reitera altresì la domanda di risarcimento del danno.
La RTI ricorrente con tale ultimo atto ribadisce la vigenza e l’efficacia delle norme contenute nel codice appalti in forza delle quali il contratto non potrebbe essere stipulato prima che siano trascorsi 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione (periodo di stand still) e che pertanto il contratto stipulato in violazione di tale previsione rendono lo stesso inefficace.
Con memoria depositata il 20 febbraio 2009 si è costituita la XXX srl, in qualità di capogruppo della RTI aggiudicataria, per resistere nel merito alle argomentazioni contenute nel ricorso principale e nei motivi aggiunti.
In ordine al primo ha ribadito il carattere perentorio del termine e, per quanto concerne i secondi e terzi motivi aggiunti, deduce principalmente l’irrilevanza della mancata comunicazione dell’aggiudicazione alla ricorrente, trattandosi, secondo la difesa della contro interessata, di irregolarità non viziante. In ordine poi alla assunta inefficacia del contratto stipulato prima del termine di cui sopra, essa deriva dalla previsione della direttiva europea 2007/66 CE, entrata in vigore il 9 gennaio 2008, ma non ancora efficace, essendo stato concesso agli stati membri termine fino al 20 dicembre 2009 per recepirla. Aggiunge, poi, che l’inefficacia del contratto non potrebbe essere dichiarata o rilevata dal Giudice Amministrativo non rientrando nella giurisdizione di quest’ultimo.
Con ulteriore memoria del 23 febbraio 2009 la società YYY eccepisce l’inammissibilità della domanda di declaratoria di inefficacia del contratto per difetto di giurisdizione, a seguito della pronuncia dell’Ad. Plenaria n. 9/2008 e controdeduce nel merito in ordine alle censure proposte con i secondi e terzi motivi aggiunti.
Alla pubblica udienza del 5 giugno 2009 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1.Nel merito, limitatamente alla domanda di annullamento dell’aggiudicazione, il ricorso è fondato.
La RTI ricorrente ha impugnato la propria esclusione dalla procedura di gara deducendone l’illegittimità per violazione di legge e del bando ed eccesso di potere per difetto dei presupposti.
Tale esclusione è stata disposta in quanto un componente del RTI, il professionista dott. V., non avrebbe prodotto, nell’ambito del sub procedimento previsto dall’art. 48 del Codice degli appalti, la documentazione attestante il possesso dei requisiti economico finanziari nel termine perentorio di 10 giorni.
La censura è fondata.
Nel caso sub judice non sono stati prodotti nel termine di 10 giorni, previsto dal 1° comma dell’art. 48 del dlgs 163/06, le ricevute emesse dall’ufficio competente, a corredo dei Modelli Unico, ma solo questi ultimi.

Il disciplinare, nel prevedere che tali documenti venissero corredati dalla relativa ricevuta di presentazione, non contiene la previsione dell'esclusione in caso di incompletezza della documentazione.
A ciò si aggiunga la circostanza, rilevata anch'essa dalla difesa del raggruppamento ricorrente, che il fatturato del dr. V. non incide sul requisito economico finanziario dal momento che la somma dei fatturati documentati dagli altri partecipanti al raggruppamento è più che sufficiente ad integrare il requisito minimo richiesto dal bando, tanto da superarlo abbondantemente (di 156 volte).
Non è qui in discussione la perentorietà del termine per la produzione documentale, quanto la rilevanza meramente formale e non decisiva dei documenti non prodotti nel termine indicato.
Alla luce delle circostanze sopra richiamate appare pertanto fondata la censura, sia sotto il profilo della irrilevanza della irregolarità riscontrata nella documentazione prodotta nel termine di 10 giorni, sia sotto l'ulteriore profilo della integrabilità della documentazione, dal momento che non si tratta della mancanza di un documento quanto del fatto che un documento non risulti corredato degli atti accessori richiesti.
In carenza di una espressa previsione di esclusione nel bando di gara per un vizio formale della documentazione presentata si sarebbe dovuto procedere ad una disamina della concreta finalità della formalità in questione e valutare la possibilità di una regolarizzazione della documentazione.
La stazione appaltante ha, pertanto, errato nell'escludere automaticamente l'ATI ricorrente sulla sola scorta della rilevata omissione.
Sul punto controverso il Tribunale osserva altresì che, oltre a non essere prevista espressamente dal bando, tale esclusione non può farsi neanche derivare dalle norme di legge e di regolamento applicabili alla procedura di gara.
Il Collegio, pertanto, conformandosi ad un orientamento già espresso anche da questo Tribunale (Cfr. Tar Catanzaro 68/2001 e 1994/2004; ma cfr. anche Tar Sicilia-Palermo 640/04; Tar Lazio III 1600/2004), ritiene illegittima l'automatica esclusione di una impresa per irregolarità formali della documentazione presentata, ove tali irregolarità non costituiscano, per chiara ed espressa previsione del bando di gara, causa di esclusione e non abbiano formato oggetto di una valutazione che escluda la possibilità della loro regolarizzazione.
Poiché le clausole di esclusione di un concorrente dalla gara sono di stretta e rigorosa interpretazione, in quanto limitative della massima partecipazione che costituisce principio a cui l'amministrazione deve attenersi nell'interesse pubblico alla migliore scelta del contraente privato, in mancanza di previsione espressa nel bando di gara, la stazione appaltante avrebbe dovuto verificare se tale irregolarità poteva compromettere la par condicio dei concorrenti sotto il profilo dell'ammissione di una ditta priva dei requisiti previsti dal bando.
Ora, una simile valutazione nel caso di specie non solo non è stata fatta ma non avrebbe potuto sortire effetto alcuno, trattandosi di una irregolarità assolutamente priva di conseguenze, e soggetta ad integrazione, senza pregiudizio per il principio della par condicio.
In definitiva l'amministrazione resistente ha sacrificato l'esigenza della massima partecipazione (v. CdS IV 4268/02; Sicilia Palermo 640/2004), che deve presiedere alle procedure di cui trattasi, senza aver effettuato alcuna valutazione in ordine alla possibile violazione del concorrente ed indefettibile principio della par condicio dei partecipanti.

Alla luce delle sopra esposte argomentazioni il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento dell'atto di esclusione della ricorrente e degli altri atti conseguenti, ivi compresa l'aggiudicazione alla ATI controinteressata dell'appalto di cui è causa, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti. Restano assorbite le altre censure.

2. In ordine alla domanda di declaratoria di caducazione/inefficacia del contratto stipulato dalla resistente con l'odierna controinteressata in data 12 gennaio 2009 essa è invece inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice adito, rientrando nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente per oggetto la sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione da parte del giudice amministrativo (Cons. Stato, A.P., 30 luglio 2008, n. 9 ma vedi anche di recente Tar Lazio 22 gennaio 2009).

Residua quindi solo l'esame della domanda di risarcimento del danno per equivalente.

Premesso che, allo stato degli atti, non vi sono elementi per ritenere che l'appalto sia stato interamente eseguito, né tale circostanza è dedotta dalla ricorrente o dalle altre parti, e che quindi ne sia impossibile la rinnovazione, escludendo qualunque effetto utile in favore della ricorrente (cfr . T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 09 luglio 2008 , n. 6518)

Si osserva a tale riguardo che il danno lamentato dal concorrente illegittimamente escluso deve in via prioritaria e preferenziale essere ristorato in forma specifica mediante la rinnovazione delle operazioni di gara, in quanto permane in capo all'amministrazione tale potere, da esercitarsi nel rispetto dei principi stabiliti nella presente pronuncia, la domanda di risarcimento per equivalente del predetto danno allo stato non può essere accolta (Cfr. Tar Lazio Sez. III quater 82/2009, ma vedi anche CdS 357/09 ex multis).

Le spese di giudizio a favore della sola ricorrente sono poste a carico della soccombente YYY spa e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria – Catanzaro, Sezione Seconda, decidendo in via definitiva il ricorso indicato in epigrafe, lo accoglie nei limiti e nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla l'illegittima esclusione e l'aggiudicazione alla controinteressata, salve le ulteriori determinazioni dell'amministrazione.

Dichiara inammissibile la domanda di inefficacia del contratto per difetto di giurisdizione.

Rigetta, allo stato, la domanda di risarcimento del danno.

Condanna la YYY al pagamento delle spese processuali a favore della ricorrente che liquida in euro 3.000,00 (tremila).

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