Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sez. I, 11 agosto 2009, n. 1434

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia
(Sezione Prima)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso R.G. N. 2167/2008 proposto da "Alfa" e "Beta", in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro-tempore, rappresentati e difesi, dall'avv. F.S. e dall'avv. M.F., elettivamente domiciliati presso lo studio del secondo in P., via M. di V., n. 49;

contro

"Gamma" s.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso, giusta procura in calce al ricorso notificato, dall'avv. prof. F.M. e dall'avv. G.M., presso il cui studio in P., via C., n. 1, è elettivamente domiciliato;

nei confronti di

"Delta" s.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso, giusta procura in calce all'atto di costituzione in giudizio, dall'avv. C.S. e dall'avv. A.M.B., elettivamente domiciliato presso lo studio della seconda in P., piazza S.C., n. 3;

PER L'ANNULLAMENTO

- della nota prot. n. 217701 del 27 giugno 2008, con la quale la ricorrente è stata (di nuovo) esclusa dalla gara indetta da "Gamma" s.r.l. per l'affidamento del servizio di conduzione e manutenzione degli impianti tecnologici della sede clinica dell'Istituto;
- di ogni altro provvedimento presupposto, connesso o consequenziale.

Visto il ricorso con i relativi allegati;
Visti l'atto di costituzione in giudizio e la memoria dell'Amministrazione intimata;
Visti l'atto di costituzione in giudizio e la memoria della "Delta" s.r.l. (controinteressata);
Vista la memoria della ricorrente;
Visti i motivi aggiunti;
Vista l'ordinanza collegiale n. 1426 del 16 dicembre 2008;
Vista l'ordinanza del C.G.A. n. 293 del 6 aprile 2009;
Vista la memoria della "Delta" s.r.l. (controinteressata);
Vista la memoria delle ricorrenti;
Vista la memoria dell'Amministrazione resistente;
Visti gli atti tutti della causa;
Designato relatore il primo referendario Aurora Lento;

Uditi, alla pubblica udienza del 17 luglio 2009, i difensori delle parti come da verbale;
Ritenuto e considerato:

FATTO

Con gravame, notificato il 13 ottobre 2008 e depositato il giorno 17 successivo, le imprese ricorrenti esponevano che, con verbale n. 38830/9349 del 24 ottobre 2006, il R.T.I. costituendo tra le stesse era stato escluso dalla gara indetta dalla "Gamma" s.r.l. per l'affidamento del servizio di conduzione e manutenzione degli impianti tecnologici della sede clinica dell'Istituto.
Tale provvedimento era stato annullato dal C.G.A., cosicchè il seggio di gara, in data 29 maggio 2008, aveva riammesso il R.T.I. costituendo tra le ricorrenti, al quale, con nota del successivo 4 giugno, aveva chiesto alcuni documenti, tra i quali i seguenti: certificato di iscrizione alla C.C.I.A.A. in originale o copia autenticata di ciascuna delle imprese facenti parte del R.T.I., nonché del C.A.R.; certificato del casellario giudiziale relativo ai legali rappresentanti ed a tutti i componenti del consiglio di amministrazione delle imprese facenti parte del R.T.I. e del C.A.R.; autorizzazioni prescritte dalla legge in originale o copia conforme; relazione, corredata dalle copie autentiche dei documenti richiamati, contenente l'analitica e circostanziata descrizione delle modalità giuridiche, negoziali, economiche, nonché logistico – organizzative, attraverso cui si sostanziava e si esprimeva l'avvalimento dichiarato in sede di gara; copia autentica dei documenti relativi alla costituzione del raggruppamento temporaneo di imprese; deposito cauzionale definitivo infruttifero da costituire in contanti o con fideiussione bancaria o assicurativa a prima richiesta e con rinuncia alla preventiva escussione del debitore principale.
Gli atti richiesti erano stati trasmessi.
Con nota prot. n. 217701 del 27 giugno 2008, le imprese ricorrenti erano, però, state (di nuovo) escluse dalla gara, in quanto la documentazione prodotta non era stata giudicata conforme a quanto richiesto per le ragioni di seguito indicate: 1) mancata produzione della relazione contenente la descrizione delle modalità dell'avvalimento. La scrittura privata intercorrente tra le imprese del raggruppamento e l'ausiliaria non era stata ritenuta sufficiente, poiché non contente una adeguata spiegazione delle modalità di utilizzo delle competenze, degli strumenti e delle risorse di una ditta avente sede in altra Regione; 2) non operatività a prima richiesta della fideiussione; 3) produzione dei certificati di iscrizione alla camera di commercio non in originale o copia autentica, ma in copia oggetto di dichiarazione di conformità ex DPR n. 445/2000.
Le ricorrenti hanno chiesto l'annullamento, previa sospensiva e vinte le spese, di tale provvedimento, per i seguenti motivi:

1) Eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1337 c.c. e dell'art. 6, comma 1, della l.r. n. 10/1991.
Stante la conclusione della fase strettamente concorrenziale, con conseguente venir meno delle correlate esigenze di par condicio, vi sarebbe stata una evidente carenza di proporzionalità tra censure e sanzione (espulsiva). Il principio di buona fede (operante nella fase delle trattative) avrebbe, in particolare, vietato "comportamenti strumentali ammantati da un preteso rispetto della legalità", cosicchè, fermo restando il diritto della stazione appaltante di verificare l'effettività del rispetto degli adempimenti, si sarebbe potuto procedere alla richiesta di chiarimenti o di integrazione documentale.
2) Violazione e falsa applicazione: degli artt. 18, 19, 19 bis, 71, 75 e 76 del D.P.R. n. 445/2000; degli artt. 49 e 113 del D.lgs.vo n. 163/2006.
Nel merito le censure sollevate nella nota impugnata sarebbero infondate per le ragioni di seguito indicate:
- mancata produzione dei certificati di iscrizione alla camera di commercio in originale o copia autentica: avrebbe dovuto essere ritenuto sufficiente la produzione di copia contenente la dichiarazione di conformità ex art. 19 DPR n. 445/2000;
- mancata produzione della relazione contenente la descrizione delle modalità dell'avvalimento: tale contestazione sarebbe smentita dalla avvenuta produzione del contratto stipulato con il C.A.R.; in caso di dubbi avrebbe potuto essere chiesti chiarimenti;
- non operatività a prima richiesta della fideiussione: la circostanza non risponderebbe al vero; si sarebbe potuto, comunque, chiedere un chiarimento o la sostituzione della stessa.
Ritenendo leso il proprio interesse imprenditoriale alla partecipazione alla gara d'appalto in questione, hanno, altresì, chiesto il risarcimento delle seguenti voci di danno: 1) danno emergente: aliquota di spese generali passivamente sopportate per la mancata attività espletata in attesa della consegna dei lavori; aliquota di mantenimento passivo delle attrezzature e macchinari preposti all'espletamento del servizio; rivalutazione ed interessi; 2) lucro cessante: vincolo passivo in quota parte della organizzazione di impresa e dei mezzi; mancato utile del 10%; perdita della chance correlata; rivalutazione ed interessi.
L'Amministrazione intimata si è costituita in giudizio, chiedendo il rigetto del ricorso, poiché infondato, vinte le spese.
Ha, in particolare, evidenziato che le ricorrenti avevano errato nel ritenere la gara conclusa, stante che, come risultava dal capitolato d'oneri: il verbale di gara non teneva luogo del contratto (v. cap. 15); ai fini del perfezionamento dell'aggiudicazione definitiva, la migliore offerente doveva presentare una serie di documenti (identici

a quelli richiesti nel caso di specie) pena la revoca della aggiudicazione provvisoria (vedi cap. 16).
Conseguentemente doveva ritenersi gravare sull'Amministrazione l'obbligo di rispetto della par condicio, con la conseguente doverosità dell'adozione del provvedimento impugnato, che, rilevata la non conformità alle richieste della documentazione prodotta, aveva escluso le ricorrenti dalla gara.
Nel merito, le mancanze rilevate erano particolarmente gravi, stante che:
- la produzione del contratto intercorrente con il C.A.R. non avrebbe adeguatamente esplicitato le modalità dell'avvalimento;
- la fideiussione prodotta non sarebbe stata "a prima richiesta", in quanto l'art. 1, terz'ultimo inciso (rectius art. 2), prevedeva testualmente che: "in caso di contestazioni, fondate e documentate, la richiesta di escussione fatta alla società, si intenderà sospesa in attesa che venga definita la contestazione";
- le copie di certificati contenenti la dichiarazione di conformità ex DPR 445/2000 non sarebbero equiparabili totalmente ai certificati in originale o copia autentica.
Si è costituita in giudizio anche la "Delta" s.r.l. (controinteressata), la quale, eccepita preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione della aggiudicazione definitiva, ne ha chiesto il rigetto, poiché infondato, stante che: il procedimento di gara non era ancora terminato, con conseguente necessità del rispetto della par condicio ed inammissibilità di integrazioni successive della documentazione richiesta; le irregolarità riscontrate erano particolarmente gravi.
Le ricorrenti hanno depositato una memoria, con la quale hanno replicato alle deduzioni avversarie, osservando che l'avvenuta adozione del provvedimento di aggiudicazione provvisoria confermava che la fase del confronto concorrenziale si era esaurita.
Ha insistito nelle proprie domande ed in particolare sulla sproporzione tra la sanzione applicata (esclusione) e le violazioni contestate.
Con ricorso per motivi aggiunti, notificato il 7 novembre 2008 e depositato il giorno 11 successivo, le ricorrenti hanno esposto che, nelle more del giudizio, l'appalto era stato aggiudicato alla "Delta" s.r.l..
Hanno chiesto l'annullamento, previa sospensiva e vinte le spese, dei seguenti atti:
1) nota del 1° luglio 2008, con il quale la stazione appaltante aveva chiesto alla controinteressata vari documenti;
2) nota prot. n. 219425 del 24 luglio 2008, con il quale la stazione appaltante aveva aggiudicato alla controinteressata il servizio in questione;
3) ogni altro provvedimento presupposto, connesso o consequenziale.

Il ricorso è stato affidato a motivi identici a quelli dedotti con il ricorso introduttivo.
La controinteressata ha depositato una memoria, con la quale ha chiesto il rigetto del ricorso per motivi aggiunti ed ha insistito nelle domande formulate in precedenza.
Con ordinanza n. 1426 del 16 dicembre 2008 l'istanza cautelare è stata respinta per difetto del presupposto del periculum in mora.
Tale decisione è stata riformata dal C.G.A. con ordinanza n. 293 del 6 aprile 2009, che è stata motivata con riferimento alla condivisibilità della prospettazione incentrata sulla violazione del principio di proporzionalità e sulla incongruenza della esclusione in relazione a violazioni formali.
Con memoria depositata in vista della udienza, la "Delta" s.r.l. (controinteressata) ha insistito per il rigetto del ricorso, poiché infondato.
Anche l'Amministrazione resistente ha depositato una memoria, con la quale ha, in particolare, evidenziato l'assoluta proporzionalità e congruenza della contestata esclusione.
Anche le ricorrenti hanno depositato una memoria, con la quale hanno insistito nelle proprie domande.
All'udienza del 17 luglio 2009, su conforme richiesta dei difensori delle parti, il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

1. La controversia ha ad oggetto il provvedimento, con il quale il RTI costituendo tra le imprese ricorrenti è stato escluso dalla gara per l'aggiudicazione del servizio di conduzione e manutenzione degli impianti tecnologici della sede clinica della "Gamma" s.r.l., alla quale era stato ammesso in seguito all'accoglimento, in sede di appello, di un ricorso giurisdizionale dallo stesso proposto.
Tale provvedimento è stato motivato con riferimento alla non conformità della documentazione prodotta rispetto alle richieste formulate dalla stazione appaltante a seguito della aggiudicazione provvisoria dell'appalto.
2. Con il primo motivo si deduce che la fase strettamente concorrenziale si era conclusa, con conseguente venire meno delle correlate esigenze di par condicio ed evidente carenza di proporzionalità tra censure e sanzione (espulsiva). Il provvedimento si sarebbe, in particolare, collocato nella fase delle trattative, comportante l'applicabilità del principio di buona fede, in osservanza del quale la stazione appaltante, fermo restando il proprio diritto alla verifica dell'effettività del rispetto degli adempimenti, avrebbe potuto procedere alla richiesta di chiarimenti o di integrazioni documentali.
La doglianza è infondata.
Il Collegio ritiene, in particolare, di discostarsi dal diverso pronunciamento adottato dal C.G.A., che ha ritenuto condivisibile la prospettazione incentrata sulla violazione del principio di

proporzionalità e sulla incongruenza della esclusione in relazione a violazioni formali, per le ragioni, che di seguito verranno esplicitate.
Invero, il primo problema, che va esaminato, è se il provvedimento impugnato si colloca nella fase antecedente o in quella successiva alla individuazione del contraente, ovverosia nella fase del confronto concorrenziale (dominata dal principio della par condicio) o delle trattative (caratterizzata dall'obbligo di buona fede).
Dalla soluzione adottata deriva, infatti, l'ammissibilità o meno della possibilità di chiarimenti ed integrazioni documentali.
La questione non è di agevole soluzione, in quanto era intervenuta l'aggiudicazione provvisoria e la stazione appaltante, dovendo procedere all'aggiudicazione definitiva, aveva richiesto alle ricorrenti una serie articolata di documenti.
Orbene, ad avviso del Collegio, si verteva ancora nella fase del confronto concorrenziale.
La richiesta documentale de qua è stata, infatti, formulata ai sensi dell'art. 16 del capitolato speciale, il quale prevedeva che "ai fini del perfezionamento della aggiudicazione definitiva, l'impresa individuata quale migliore offerente dovrà presentare entro 15 giorni dalla richiesta i sottoelencati documenti e certificati, prodotti in originale, rilasciati dalle competenti autorità ed in corso di validità".
Il riferimento alla finalizzazione della produzione documentale al perfezionamento della aggiudicazione definitiva, piuttosto che alla stipula del contratto, è da ritenersi, infatti, esplicativo dell'intendimento dell'Amministrazione di non ritenere ancora conclusa la fase del confronto concorrenziale.
Sotto questo profilo, significativo è il riferimento, contenuto nel terz'ultimo capoverso dell'art. 16, alla revoca della aggiudicazione provvisoria in caso di mancata (o irregolare) produzione dei documenti richiesti, nonché la previsione della aggiudicazione della gara ad altra impresa, qualora tale eventualità si fosse verificata, espressamente prevista nell'ultimo comma.
Invero, la possibilità della aggiudicazione ad altra impresa è indicativo in maniera significativa della collocazione della richiesta documentale in questione nella fase del confronto concorrenziale, con conseguente preclusione di integrazioni.
Deve, pertanto, escludersi, in linea di principio e salvo quanto si dirà in merito al punto successivo, che la sanzione espulsiva fosse sproporzionata rispetto all'avvenuto riscontro di asseritamente gravi irregolarità documentali.
3. Parimenti infondato è il secondo motivo, con il quale si censura nel merito il provvedimento impugnato e, in particolare, la valutazione di gravità operata relativamente alle irregolarità riscontrate.

Sotto tale profilo, va ricordato che la esclusione è stata motivata con riferimento a tre distinte autonome ragioni, le quali possono essere così sintetizzate: produzione di certificati di iscrizione alla camera di commercio non in originale o copia autentica, ma in copia contenente la dichiarazione di conformità ex art. 19 DPR n. 445/2000; mancata produzione della relazione contenente la descrizione delle modalità dell'avvalimento relativo al C.A.R.; non operatività a prima richiesta della fideiussione prodotta.
Va esaminata per prima – stante la sua maggiore gravità - l'ultima delle irregolarità riscontrate.
L'art. 12, comma 1, del capitolato speciale d'appalto (richiamato dal successivo art. 16), prevedeva l'obbligo della impresa aggiudicataria provvisoria di versare un deposito cauzionale infruttifero pari al 10% dell'importo triennale di aggiudicazione, da costituire in contanti o con fideiussione bancaria o assicurativa "a prima richiesta e con rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale".
Trattasi, a ben vedere, di disposizione analoga a quella di cui all'art. 113 del codice dei contratti pubblici approvato con D.lgs.vo 12 aprile 2006, n. 163, che a sua volta riproduce quella di cui all'art. 30 della l. 11 febbraio 1994, n. 109.
Nella specie, nessun dubbio può sussistere in ordine al fatto che la fideiussione prodotta dalle imprese ricorrenti non era operativa a prima richiesta.
L'art. 2 della fideiussione n. 22007636/EP emessa il 19 giugno 2008 dalla "M." S.p.A. al RTI "Alfa", rubricato "Pagamento del risarcimento", prevedeva, infatti, testualmente che: "in caso di contestazioni, fondate e documentate, la richiesta di escussione fatta alla società, si intenderà sospesa in attesa che venga definita la contestazione".
La espressione utilizzata è talmente chiara, che non si ritiene opportuno soffermarsi sulla inequivoca inoperatività a prima richiesta.
4. Il problema, che a questo punto (anche in considerazione della motivazione della ordinanza del C.G.A.) va affrontato è se, a fronte della produzione di una fideiussione non conforme alle richieste della stazione appaltante, la sanzione "espulsiva" è da ritenersi o meno proporzionata.
La risposta è, ad avviso del Collegio, positiva.
Va, infatti, rilevato, che, come detto prima, si verteva ancora in una fase di confronto concorrenziale, con conseguente necessità di rispetto della par condicio, stante che era intervenuta l'aggiudicazione provvisoria, ma non anche quella definitiva e che la stazione appaltante si era riservata la possibilità di revocare la determinazione adottata ed individuare altra impresa.
Deve, inoltre, rilevarsi come la manchevolezza accertata fosse particolarmente grave, essendo a tutti nota e non ritenendosi,

pertanto, per evidenti ragioni di semplicità espositiva, opportuno soffermarsi sul punto, la differenza intercorrente tra una fideiussione "normale" ed una "fideiussione a prima richiesta".
In altri termini, la produzione di una garanzia con caratteristiche molto diverse rispetto a quelle previste dall'art. 12 del capitolato speciale (sostanzialmente riproduttivo della corrispondente norma del codice dei contratti), integrava gli estremi di una difformità dalla richiesta particolarmente grave, con conseguente esclusione della sproporzionalità della sanzione comminata.
Va, peraltro, rilevato che non poteva procedersi ad una integrazione documentale, la quale si sarebbe sostanziata in una sostituzione della polizza, stante che, in tale ipotesi, la previsione di cui all'art. 12 surrichiamato sarebbe stata svuotata di significato precettivo.
4. Infine, ribadito che il provvedimento impugnato si basa su più autonome ragioni giustificatrici, ritiene il Collegio di potere prescindere dall'esame degli ulteriori profili di censura.
E', infatti, fin troppo noto l'incontroverso orientamento giurisprudenziale, secondo il quale, qualora la motivazione sia costituita da una pluralità di ragioni giustificatrici tra loro autonome (logicamente indipendenti e non contraddittorie) e le censure indirizzate verso uno dei motivi assunti a base dell'atto controverso - idoneo, di per sé, a sostenerne ed a comprovarne la legittimità - siano ritenute infondate, il ricorso può essere respinto sulla sola base di tale rilievo, con assorbimento delle censure dedotte avverso altri capi del provvedimento, in quanto la conservazione dell'atto implica la perdita di interesse del ricorrente all'esame delle altre doglianze (vedi tra le tantissime Consiglio di Stato, V, 28 dicembre 2007, n. 6732 e IV, 8 giugno 2007, n. 3020 e 10 dicembre 2007, n. 6325; TAR Campania Napoli, VII, 6 agosto 2008 , n. 9861; TAR Lazio Roma, I, 8 gennaio 2008 , n. 73; TAR Liguria Genova, I, 29 novembre 2007, n. 1988; TAR Sicilia Palermo, II, 5 dicembre 2008, n. 1707).
Concludendo, in forza di quanto esposto, il ricorso è infondato e va respinto.
Sussistono, tuttavia, giusti motivi, avuto riguardo alla complessità della questione ed al contrasto con il pronunciamento cautelare intervenuto in sede di appello, per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sede di Palermo, Sezione Prima, rigetta il ricorso in epigrafe.
Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 17/07/2009 con l'intervento dei Magistrati:
Nicola Maisano, Presidente FF
Aurora Lento, Primo Referendario, Estensore

Roberto Valenti, Primo Referendario
DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 11/08/2009
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)
IL SEGRETARIO