T. A. R. Sicilia – Palermo, sez. I, 26 novembre 2009, n. 1860

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

Prima Sezione

Ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso R.G. N. 408/2009 proposto dalle imprese "Alfa" s.r.l. e "Beta" s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, in proprio e nella qualità di facenti parte di ATI costituenda, rappresentati e difesi, giusta procura a margine del ricorso, dall'avv. S. G. elettivamente domiciliati in P., via N., n. 5, presso lo studio dell'avv. L. D. S.;

contro

GAMMA (società di gestione dell'aeroporto di P.) S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso, giusta procura in calce alla memoria di costituzione, dall'avv. E. C., presso il cui studio in P., via P. di V., n. 46, è elettivamente domiciliato;

nei confronti di

– "XXX" S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria della costituenda ATI con l'Yyy, ed "yyy", in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati G. e G. I., presso il cui studio, in P., via L., n. 171, è elettivamente domiciliato;

PER L'ANNULLAMENTO

del verbale del 2 febbraio 2009 relativo alla gara per l'aggiudicazione dei "lavori di realizzazione della nuova viabilità in prossimità della zona arrivi dell'aeroporto …*omissis*… nelle parti in cui:

– ammette l'ATI "XXX" S.r.l. – "Yyy";

– aggiudica l'appalto all'ATI suindicata;

– non aggiudica l'appalto all'ATI costituenda tra le ricorrenti;

– nonché di ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione in giudizio, il ricorso incidentale e la memoria delle controinteressate;

Visti l'atto di costituzione in giudizio e la memoria della GAMMA S.p.a.;

Viste le memorie della ricorrente;

Vista l'ordinanza cautelare n. 532 del 21 maggio 2009;

Vista l'ordinanza del C.G.A. n. 755 del 26 giugno 2009;

Viste le memorie della ricorrente e delle controinteressate;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il primo referendario Aurora Lento;

Uditi, alla pubblica udienza del 27 ottobre 2009, i difensori delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato:

FATTO

Con ricorso, notificato il 4 marzo 2009 e depositato il giorno successivo, le imprese indicate in epigrafe hanno impugnato il verbale del 2 febbraio 2009, relativo alla gara per l'aggiudicazione dei "lavori di realizzazione della nuova viabilità in prossimità della zona arrivi dell'aeroporto …*omissis*… (importo complessivo € 1.270.205,04, IVA esclusa, di cui: € 1.237.556,11 a base d'asta ed € 16.325,80 per oneri di sicurezza).

Hanno, in particolare, contestato l'ammissione alla gara dell'ATI "XXX" S.r.l. – "Yyy", la quale si è aggiudicata l'appalto.

Le ricorrenti hanno chiesto l'annullamento, previa sospensiva e vinte le spese, di tale provvedimento per i seguenti motivi:

1) Violazione dell'art. 37, comma 8, del D.lgs.vo 12 aprile 2006, n. 163 (riproduttivo dell'art. 13, comma 5, della l. 11 febbraio 1994, n. 109) e del punto XIII, lett. d) del bando di gara. Eccesso di potere sotto i profili dello sviamento dalla causa tipica e del travisamento dei fatti.

La dichiarazione contenente la specificazione dell'impegno, in caso di aggiudicazione, a conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza alla capogruppo mandataria, fatta dalle imprese controinteressate, violerebbe le norme calendate, in quanto inserita non nel plico della offerta economica, ma in quello dei documenti.

2) Violazione del punto II, n. 5, lett. b) del disciplinare di gara. Eccesso di potere sotto i profili del travisamento dei fatti, del difetto di presupposto e della illogicità manifesta. Eccesso di potere sotto i profili della violazione dei principi generali dell'ordinamento giuridico amministrativo in materia di inidoneità della dichiarazione sostitutiva.

L'omissione dell'incidentale "che precludono" nella dichiarazione del"la mancata emissione nei propri confronti di sentenze ancorché non definitive relative a reati la partecipazione a gare d'appalto" renderebbe la stessa inidonea ad assolvere all'onere imposto dal calendato punto del disciplinare di gara.

Si sono costituite in giudizio la "XXX" s.r.l. e la "Yyy", che hanno proposto ricorso incidentale paralizzante, notificato il 15 aprile 2009 e depositato il giorno 17 successivo, con il quale hanno chiesto l'annullamento del verbale impugnato con il ricorso principale, nella parte, in cui ammette alla gara le imprese ricorrenti.

Il gravame è stato affidato al seguente unico motivo:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 4, lettera q) del disciplinare.

La "Beta" avrebbe violato la norma calendata nel dichiarare che "non ha beneficiato della non menzione" piuttosto che "non ha subito condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione".

Le ricorrenti principali hanno depositato una memoria, con la quale hanno chiesto il rigetto del gravame incidentale, poiché infondato, insistendo, altresì, per l'accoglimento del ricorso.

Le controinteressate hanno depositato una memoria, con la quale hanno replicato alle deduzioni difensive delle ricorrenti principali, chiedendo, altresì, che il gravame dalle stesse proposto fosse rigettato, vinte le spese, poiché infondato, stante: la legittimità dell'inserimento dell'impegno al conferimento di mandato collettivo speciale con rappresentanza alla capogruppo mandataria nel plico dei documenti, in assenza di espressa previsione del bando in merito; l'inincidenza della mancanza dell'inciso "che precludono" sulla validità della dichiarazione resa, avente un oggetto più ampio di quello richiesto, stante il riferimento generico a tutti i reati e non solo a quelli preclusivi della partecipazione a gare d'appalto.
Si è costituita in giudizio anche la "GAMMA" S.p.a., che ha chiesto il rigetto del ricorso, poiché infondato, vinte le spese.
Le ricorrenti hanno depositato una memoria, con la quale hanno insistito nelle proprie domande.
Con ordinanza cautelare n. 532 del 21 maggio 2009, l'istanza cautelare è stata rigettata con la seguente motivazione: "Considerato che: – in merito alla questione circa la necessità di inserire la dichiarazione di impegno a costituire l'a.t.i. nella busta relativa all'offerta economica o in quella relativa ai documenti per l'ammissione alla gara, sono riscontrabili nella giurisprudenza amministrativa due diversi orientamenti (in senso favorevole Consiglio di Stato, IV, 17 febbraio 2004, n. 623; TAR Sicilia Palermo, II, 3 febbraio 2006, n. 388, TAR Lazio Roma, III, 4 giugno 2008, n. 5477, in senso contrario: incidentalmente Consiglio di Stato, V, 14 marzo 2008, n. 4009; espressamente Consiglio di Stato; VI, 14 marzo 2006, n. 2016; TAR Sicilia Catania, IV, 21 giugno 2007, n. 1076); – dopo approfondita discussione, il Collegio ritiene di superare il precedente orientamento di questo Tribunale, tenuto conto della diversità del caso in esame, nel quale non vi era una espressa previsione del bando e delle considerazioni espresse, non tanto nella sentenza del Consiglio di Stato n. 4009/2008 e del TAR Sicilia Catania n. 1076/2007 (in quanto relative a fattispecie diverse), ma in quella del Consiglio di Stato n. 2016/2006".
Con ordinanza n. 755 del 26 giugno 2009, il C.G.A. ha accolto l'appello proposto avverso tale decisione, senza, però, sospendere i provvedimenti impugnati in primo grado, facendo riferimento in motivazione alla necessità di un approfondimento delle questioni proposte in sede di merito.
In vista della udienza di merito la controinteressata costituita ha depositato vari documenti.
Ha, altresì, depositato una memoria, con la quale ha insistito nelle proprie domande, ribadendo che nessuna norma del bando di gara imponeva l'inserimento dell'impegno de quo nella busta dell'offerta economica e non anche in quella della documentazione. Ha, altresì, rilevato come la parte II del disciplinare di gara (non impugnato dalle ricorrenti) prevedesse: con riferimento al caso di associazione,

consorzio o GEIE, l'inserimento nella busta della documentazione della indicazione del concorrente, al quale, in caso di aggiudicazione, sarebbe stato conferito mandato speciale con rappresentanza o funzioni di capogruppo; che, nella busta della offerta economica, dovesse essere inserita solo la "lista delle categorie di lavoro e forniture previste per l'esecuzione dell'appalto".
Anche le ricorrenti hanno depositato una memoria, con la quale hanno insistito nelle proprie domande, chiedendo la declaratoria di inammissibilità o, comunque, il rigetto del ricorso incidentale, e l'accoglimento del ricorso principale.
Anche la GAMMA s.p.a. ha depositato una memoria, con la quali ha insistito per il rigetto del ricorso.
Alla pubblica udienza del 27 ottobre 2009, su conforme richiesta dei difensori delle parti, il ricorso è stato posto in decisione.
In data 27 ottobre 2009 è stato depositato il dispositivo della presente sentenza.

DIRITTO

1. La controversia ha ad oggetto l'ammissione dell'ATI controinteressata (risultata aggiudicataria) alla gara per l'aggiudicazione dei "lavori di realizzazione della nuova viabilità in prossimità della zona arrivi dell'aeroporto…*omissis*…(importo complessivo € 1.270.205,04, IVA esclusa, di cui: € 1.237.556,11 a base d'asta ed € 16.325,80 per oneri di sicurezza).
2. Preliminarmente va esaminato il ricorso incidentale paralizzante proposto dalle controinteressate, che, indipendentemente dalla ammissibilità, è infondato nel merito e va rigettato.
Con unico motivo si deduce che la dichiarazione resa da una delle ricorrenti (i.e. la "Beta") ai fini della partecipazione alla gara contrastava con l'art. 4, lettera q) del disciplinare di gara.
Tale impresa ha, infatti, dichiarato che "non ha beneficiato della non menzione" piuttosto che "non ha subito condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione".
Invero, l'omissione del riferimento alle condanne non incide sulla intellegibilità della dichiarazione, essendo evidente, anche in considerazione della riproduzione dei punti indicati nel disciplinare, il riferimento alle condanne.
Una diversa opzione interpretativa rappresenterebbe, peraltro, una violazione del principio – di derivazione comunitaria – di massima partecipazione alla gara, che ha carattere generale e non può subire violazioni laddove si riscontrino carenze di ordine meramente formale nella documentazione presentata dai concorrenti, tanto più qualora, come nel caso in esame, le stesse possano essere agevolmente superate in via interpretativa.
3. Va ora esaminato il primo motivo del ricorso principale, con il quale si deduce che la dichiarazione, contenente la specificazione dell'impegno, in caso di aggiudicazione, a conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza alla capogruppo mandataria,

fatta dalle imprese controinteressate, in quanto inserita non nel plico della offerta economica, ma in quello dei documenti, violerebbe l'art. 37, comma 8, del D.lgs.vo 12 aprile 2006, n. 163 (riproduttivo dell'art. 13, comma 5, della l. 11 febbraio 1994, n. 109) ed il punto XIII, lett. d) del bando di gara.
La doglianza è infondata.
L'art. 37, comma 8, del D.lgs.vo 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. codice dei contratti), che ha riprodotto l'art. 13, comma 5, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, dispone che "È consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere d) ed e)" (i.e. raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di concorrenti) "anche se non ancora costituiti. In tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi ordinari di concorrenti e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, da indicare in sede di offerta e qualificata come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti".
In merito alla interpretazione della norma surrichiamata ed, in particolare, alla questione della necessità dell'inserimento dell'impegno de quo nella busta contenente l'offerta economica o in quella contenente le dichiarazioni, si riscontrano nella giurisprudenza amministrativa due diversi orientamenti.
Secondo il primo, tale impegno deve essere contenuto non in uno qualsiasi degli atti presentati dalle imprese partecipanti alla gara, ma nella "offerta economica", la quale esprime la volontà contrattuale e, come tale, si differenzia nettamente dagli atti aventi una funzione meramente documentale. Trattasi, infatti, della assunzione di uno specifico impegno, che rappresenta una componente essenziale del consenso negoziale e garantisce la serietà e l'affidabilità dell'offerta stessa (vedi Consiglio di Stato, IV, 17 febbraio 2004, n. 623; V, 24 marzo 2001, n. 1708; TAR Lazio Roma, III, 4 giugno 2008, n. 5477; TAR Sicilia Palermo, II, 3 febbraio 2006, n. 388).
Tale ricostruzione interpretativa è stata contestata nell'ambito di un opposto orientamento giurisprudenziale, secondo il quale la stessa si basa su una non condivisibile interpretazione letterale dell'art. 13, comma 5, della l. 11 febbraio 1994, n. 109, che non può essere inteso nel senso che l'impegno a costituire l'a.t.i. debba essere contenuto nell'offerta economica o debba ad essa essere allegato, in quanto l'espressione "offerta", nella norma, va intesa in senso ampio, comprensiva di tutta la documentazione, che viene presentata in gara, e la disposizione non intende prendere posizione su come vanno distribuiti i documenti in sede di gara, in quanto spetta al bando indicare la modalità di presentazione degli stessi. Conseguentemente la dichiarazione di impegno a costituire l'a.t.i., correttamente viene considerata un documento attinente all'ammissione in gara e viene

inserita nella busta contenente detti documenti, e non viene invece trattata alla stregua di una componente dell'offerta economica (in tal senso Consiglio di Stato, VI, 11 aprile 2006, n. 2016, ma anche, seppur incidentalmente, Consiglio di Stato, V, 14 marzo 2008, n. 4009 ed espressamente, di recente, TAR Sardegna, I, 11 giugno 2008, n. 1181).

Il Collegio, esaminati gli atti di causa, ritiene di confermare il proprio pronunciamento cautelare negativo, non solo in quanto, ad attenta riflessione, il secondo dei citati orientamenti appare maggiormente convincente, poiché meno formalistico e più funzionale al principio di massima partecipazione alla gara, ma anche in considerazione della specificità delle norme regolatrici della procedura in questione.

Va, sotto tale profilo, preliminarmente precisato che la lettera d) del punto XIII del bando, richiamata dalle ricorrenti, non conteneva alcuna statuizione specifica sulla questione in esame, limitandosi a fare un mero riferimento alla circostanza che i raggruppamenti temporanei di concorrenti ed i consorzi, anche se ancora non costituiti, potevano partecipare alla gara alle condizioni di cui all'art. 37, commi 7 e seguenti del codice dei contratti.

Può, pertanto, affermarsi che nessuna norma del bando prescriveva specificamente l'inserimento dell'impegno de quo nella busta dell'offerta economica e non anche in quella della documentazione.

Erano al contrario, riscontrabili disposizioni del disciplinare di gara (non impugnato dalle ricorrenti e, pertanto, inoppugnabile), che avrebbero potuto comportare l'esclusione delle concorrenti nel caso di inserimento di una dichiarazione di questo tipo nella busta dell'offerta economica.

Deve, in particolare, essere richiamata la parte II del disciplinare, che, nel regolamentare il contenuto della busta "A – Documentazione", prescriveva, alla lettera "x" (vedi pagina 6), che, in caso di associazione, consorzio o GEIE non ancora costituiti, doveva essere indicato a quale concorrente, in caso di aggiudicazione, sarebbe stato conferito mandato speciale con rappresentanza o funzioni di capogruppo.

Al contempo, con prescrizione ribadita in un successivo avviso di integrazione al disciplinare di gara, si prevedeva che nella busta "B – offerta" dovevano essere inserite l'offerta e la "lista delle categorie di lavoro e forniture previste per l'esecuzione dell'appalto" (vedi pag. 8).

Risulta, pertanto, per tabulas che non solo non vi era nessuna disposizione, che imponeva l'inserimento della dichiarazione in questione nella busta della offerta economica, ma erano riscontrabili precise statuizioni di gara di segno opposto.

La previsione dell'inserimento, a pena di esclusione, nella busta della offerta economica (verosimilmente esclusivamente) della offerta e della lista delle categorie di lavori e forniture previste imponeva,

infatti, alle imprese partecipanti di inserire l'impegno al conferimento del mandato collettivo speciale con rappresentanza alla capogruppo mandataria nella busta della dichiarazione.

4. Parimenti infondato è il secondo motivo, con il quale si deduce che l'omissione dell'incidentale "che precludono" nella dichiarazione del"la mancata emissione nei propri confronti di sentenze ancorché non definitive relative a reati la partecipazione a gare d'appalto" renderebbe la stessa inidonea ad assolvere all'onere imposto dal disciplinare di gara.

In disparte la circostanza che la dichiarazione resa aveva un oggetto più ampio di quello richiesto dalla lex specialis ed era, pertanto, maggiormente garantista per la stazione appaltante, va rilevato (come fatto per il ricorso incidentale) che l'omissione dell'inciso in questione non incideva sulla intellegibilità della dichiarazione, essendo evidente, anche in considerazione della riproduzione dei punti indicati nel disciplinare, il riferimento alle sentenze preclusive della partecipazione a gare d'appalto.

Va, anche in questo caso, ribadito che una diversa opzione interpretativa rappresenterebbe una violazione del principio – di derivazione comunitaria – di massima partecipazione alla gara, che ha carattere generale e non può subire violazioni laddove si riscontrino delle carenze di ordine meramente formali nella documentazione presentata dai concorrenti, tanto più qualora, come nel caso in esame, le stesse possano essere agevolmente superate in via interpretativa.

Concludendo, per quanto suesposto, sia il ricorso incidentale, che quello principale sono infondati e vanno rigettati.

5. Per quanto riguarda le spese di giudizio, va precisato che, per mero errore materiale, nel dispositivo pubblicato lo stesso giorno della udienza di merito, è stato omesso il riferimento alla statuizione adottata dal Collegio, che è nel senso della compensazione, in considerazione del contrasto giurisprudenziale esistente in merito alla questione principale oggetto della controversia.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sede di Palermo, Sezione Prima, rigetta il ricorso incidentale e quello principale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 27/10/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Nicola Maisano, Presidente FF

Aurora Lento, Primo Referendario, Estensore

Pier Luigi Tomaiuoli, Referendario

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 26/11/2009
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)
IL SEGRETARIO