



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER L'ABRUZZO
L'AQUILA

Applicando un criterio di ragionevolezza, il mancato arrotondamento alle mille lire superiori dell'importo della provvisoria, non deve essere causa di esclusione dalla procedura

Stante la funzione temporanea della provvisoria, destinata ad essere sostituita dalla definitiva, non appare lesivo dell'interesse della pa una tale irregolarità

Sintesi di Tar Abruzzo, L'Aquila, sentenza n. 907 del 6 novembre 2003

Parole chiave:

appalti di opere – importo della cauzione provvisoria – mancato arrotondamento - non risulta un' irregolarità formale sanzionabile con l'esclusione -

Esito del giudizio:

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo - L'Aquila, previa riunione dei ricorsi specificati in epigrafe, così provvede in ordine ad essi:

- a) dichiara inammissibile il ricorso n.53/2002;
- b) respinge il ricorso n. 293/2003 e, per l'effetto, la richiesta di risarcimento danni

Conseguenze operative:

L'esclusione è stata anche determinata per un motivo che appare capzioso, cioè , per non aver prodotto la ricorrente una cauzione provvisoria in un importo, pari al 2% di quello contrattuale, arrotondato alle mille lire superiori (la cauzione prestata mediante polizza assicurativa è stata di lire 54.815.600, mentre avrebbe dovuto essere di lire 54.816.000).

In ciò la Commissione ha riscontrato una irregolarità formale, sanzionabile con l'esclusione.

Al riguardo, deve convenirsi con la Società ricorrente che afferma come nel bando e nel disciplinare non si rinviene una comminatoria specifica per il mancato arrotondamento alle mille lire superiori della cauzione, che, per essere provvisoria, ha una funzione del tutto temporanea, essendo destinata ad essere sostituita, in caso di aggiudicazione, da quella definitiva da prestarsi nella misura del 10% dell'importo dei lavori, ex art.30.2, L.109/1994.

Né in detto mancato arrotondamento può ravvisarsi una irregolarità formale della documentazione tale da rendere suscettibile di applicazione la previsione di cui al citato foglio 7 del disciplinare di gara, previsione che va applicata, evidentemente, con un criterio di ragionevolezza, laddove l'irregolarità formale presenti una portata in qualche misura significativa e non quando la stessa *ratio* della prescrizione in esame sfugge, apparendo del tutto irrilevante ed ultronea, anche sotto il profilo della rispondenza ad un particolare interesse dell'Amministrazione, nonché sotto il profilo del rispetto della *par condicio* dei concorrenti

Di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER L'ABRUZZO
L'AQUILA

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sui ricorsi nn.53 e 293/2003 proposto dalla Società Cooperativa “****” a r.l., con sede in Viterbo, in persona del legale rappresentante sig. Fabrizio Proietti, rappresentata e difesa dall'Avv. Carmelo Ratano. Unitamente e disgiuntamente all'Avv. Giovanni Lely, presso lo studio del quale ultimo, in L'Aquila, è elettivamente domiciliata

c o n t r o

il Comune di Pescasseroli,

rappresentato e difeso, nel ricorso 293/2003, dall'Avv. Roberto Di Pietro, con domicilio eletto in L'Aquila, presso lo studio dell'Avv. Enrica Isidori

per l'esecuzione

quanto al ricorso n.53/2003, della sentenza n.76/2002 emessa dal T.A.R. dell'Aquila, e

per l'annullamento

quanto al ricorso n.293/2003, della deliberazione del Commissario prefettizio 4.4.2003, comunicata alla ricorrente con nota del 24.4.2003, di approvazione del verbale della Commissione di gara per l'appalto delle opere complementari per la produzione di neve programmata del 2.4.2003, con cui è stata nuovamente disposta l'esclusione della Società “****” dalla gara, nonché di detto verbale, del disciplinare e del bando di gara e di ogni altro atto comunque connesso;

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti delle cause;

Relatore alla pubblica udienza del 15 ottobre 2003 il magistrato, Consigliere Luciano Rasola;

Uditi, altresì, i difensori delle parti costituite come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

Ricorso n.53/2003

Il ricorso è rivolto all'esecuzione della sentenza di questo tribunale n.76/2002, con cui è stato annullato l'atto di esclusione della Società ricorrente dalla gara di appalto relativa alle opere complementari degli impianti di produzione di neve programmata nel Comune di Pescasseroli.

Avendo la Società ricorrente praticato l'offerta più conveniente, con la citata pronuncia si è anche statuito che l'appalto avrebbe dovuto essere aggiudicato a detta Ditta subordinatamente al riscontro del possesso dei requisiti prescritti dal bando, in relazione alla documentazione presentata che non si era potuta esaminare posto che l'esclusione dalla gara era stata determinata da un motivo pregiudiziale, procedendosi, in caso di riscontro positivo, al riconoscimento del diritto al risarcimento del danno (essendo stati i lavori già eseguiti) nella misura pari all'utile presuntivo medio del 10%, di cui all'art.34, lett.d) del D.P.R. 554/1999, rapportato però all'offerta proposta dalla Società « **** ».

L'esecuzione della citata sentenza è stata chiesta ai sensi dell'art.33 L.1034/1971, così come modificato dall'art. 10 L.205/2000, in quanto la stessa, appellata dinanzi al Consiglio di Stato, non è stata sospesa.

Ricorso n.293/2003.

Il presente ricorso è stato proposto avverso il provvedimento di nuova esclusione della ricorrente dalla gara di cui sopra, con cui l'Amministrazione, dando esecuzione alla sentenza di questo TAR n.76/2002, ha proceduto all'esame dei documenti della Società « **** », individuando tre motivi di esclusione in irregolarità formali dei documenti stessi (non conformità al disciplinare di gara delle diciture poste sulle buste A e B ; mancato arrotondamento alle mille lire superiori della cauzione prestata mediante polizza assicurativa ; presentazione di dichiarazioni sostitutive, ex L.15/1968, dei certificati del casellario giudiziale o dei carichi pendenti).

Avverso il nuovo provvedimento di esclusione la Società ricorrente deduce l'illegittimità dei tre motivi di esclusione, rilevando, per quanto riguarda il primo di essi, che l'osservanza o meno della dicitura non è stabilita a pena di esclusione. Detta sanzione manca anche per quanto riguarda l'omesso arrotondamento alle mille lire superiori della cauzione provvisoria, che costituisce una irregolarità del tutto ininfluenza, posto che la prescrizione non risponde né ad un particolare interesse dell'amministrazione, né può dirsi posta a garanzia della *par condicio* dei concorrenti.

Per quanto concerne poi il terzo motivo di esclusione, si afferma la validità delle dichiarazioni sostitutive, ammesse in via generale dalla giurisprudenza e dal D.P.R. 445/2000 per gli stati personali di cui alle lett.b) e c) dell'art.75 del D.P.R. 554/1999.

Si deduce anche il difetto di motivazione della deliberazione commissariale impugnata, che si è rifatta pedissequamente alle decisioni della Commissione di gara, insistendo, per il resto, nell'accoglimento del ricorso e nel riconoscimento del diritto all'aggiudicazione dell'appalto, avendo la società ricorrente praticato il ribasso migliore (il 14,786%) e, quindi, del diritto al risarcimento del danno nella misura stabilita con la sentenza n.76/2002.

Si è costituito in giudizio il Comune di Pescasseroli in entrambe le cause, precisando, per quanto concerne il ricorso 53/2003, che il Comune ha adempiuto a quanto statuito da questo TAR con la sentenza n.76/2002, mentre, per quanto concerne il ricorso 293/2003, ne chiede la reiezione, siccome infondato nel merito, non senza aver eccepito la tardività del medesimo.

Le cause sono state entrambe discusse nell'udienza pubblica del 15 ottobre 2003 e poste quindi in decisione in detta udienza.

DIRITTO

I due ricorsi possono essere riuniti e decisi con un'unica pronuncia per gli evidenti profili di unitarietà della vicenda, essendo peraltro state discusse entrambe in pubblica udienza.

Il primo ricorso (n.53/2003), notificato il 24.1.2003, con cui si chiede l'esecuzione, ex art.33 L.1034/1971, così come modificato dall'art.10 della L.205/2000, della sentenza di questo T.A.R. n.76/2002, va dichiarato inammissibile.

Con la citata sentenza è stata annullata l'esclusione della Società "****" dalla gara di appalto per l'impianto di produzione di neve programmata, indetta dal Comune di Pescasseroli, esclusione determinata per avere detta concorrente redatto la dicitura del plico di partecipazione in modo non conforme a quella indicata dal disciplinare di gara.

Con il ricorso in esame si è chiesto che, in esecuzione della ricordata sentenza, appellata e non sospesa dal Consiglio di Stato, l'Amministrazione comunale riscontrasse la sussistenza o meno del possesso da parte della Società "****" dei requisiti prescritti dal bando in relazione alla documentazione presentata e non esaminata, aggiudicando, quindi, in via teorica (per essere stati i lavori già eseguiti), l'appalto alla Società ricorrente che ha praticato il miglior ribasso e, per l'effetto, risarcendo il danno subito.

Poiché l'Amministrazione ha eseguito la sentenza di questo Tribunale, adottando il 4.4.2033, dopo l'esame della documentazione, un secondo provvedimento di esclusione, diversamente motivato e oggetto della successiva impugnativa, deve ribadirsi l'inammissibilità del ricorso per l'ottemperanza.

L'esame va quindi rivolto al secondo ricorso (n.293/2003), che ha ad oggetto il nuovo provvedimento di esclusione della Società "****" dalla gara in questione, adottato in esecuzione della ricordata sentenza di questo T.A.R. di annullamento del primo provvedimento di esclusione, sentenza con cui, peraltro, è stato riconosciuto il diritto al risarcimento del danno per equivalente subordinatamente all'aggiudicazione da parte del Comune dell'appalto in questione in favore della ricorrente, condizionata, a sua volta, dal riscontro del possesso dei requisiti di ammissione risultanti dalla documentazione che l'Ente non aveva esaminato, avendo proceduto alla non ammissione del concorrente per un motivo pregiudiziale.

Il ricorso, notificato il 13.6.2003, è tardivo e comunque anche infondato.

Alla seduta della Commissione di gara del 2.4.2003, che ha deciso la nuova esclusione della Società "****" dalla procedura, ha preso parte in qualità di procuratore speciale della detta Società il sig.Fiorenzo De Stefanis, giusta procura speciale per Notaio Luigi Orzi di Viterbo, rep.n.72351 del 13.12.2002. Detta presenza integra la piena conoscenza degli atti che sono stati adottati nella indicata seduta del 2.4.2003, conoscenza riferibile alla società concorrente per la qualità del rappresentante della

ditta, che aveva quindi l'onere di impugnare entro il termine di giorni sessanta decorrenti dal 2.4.2003 (C.S., Sez. V, 8.5.2002, n.2473).

4. Il ricorso è comunque anche infondato nel merito soprattutto per il terzo motivo di esclusione, mentre infondati appaiono i primi due motivi.

Con il primo di essi la Commissione di gara ha rilevato la non conformità delle diciture apposte sulle buste A e B rispetto a quelle indicate nel disciplinare di gara, provvedendo a escludere la ricorrente, ai sensi della normativa di gara, foglio 7, punto 2, 1° paragrafo, lett.a), secondo cui la Commissione verifica la correttezza formale delle “offerte” e della “documentazione”, escludendole in caso negativo.

Detto motivo di esclusione va disatteso, in quanto l'inosservanza della dicitura, formulata, peraltro, nella specie, in termini più ampi e dettagliati, non è stabilita a pena di esclusione; il disciplinare di gara, infatti, a pagina 3, commina specificamente la sanzione espulsiva solo ove non si utilizzi il servizio postale per l'inoltro dell'offerta e della documentazione e ove non sia rispettato il termine perentorio per la presentazione di tali atti.

Sul punto si è già espresso questo Tribunale con la sentenza n.76/2002, con cui è già stata affrontata identica questione.

Nella specie, non può la Commissione applicare la generica previsione di cui al foglio 7, in presenza della specifica previsione del foglio 3 del disciplinare. Non può inoltre tralasciarsi di considerare che la verifica della correttezza formale, a rigore, ha ad oggetto “l'offerta” e “la documentazione”, con cui non possono identificarsi le buste A e B di mero contenimento di detti atti.

5. L'esclusione è stata anche determinata per un motivo che appare capzioso, cioè, per non aver prodotto la ricorrente una cauzione provvisoria in un importo, pari al 2% di quello contrattuale, arrotondato alle mille lire superiori (la cauzione prestata mediante polizza assicurativa è stata di lire 54.815.600, mentre avrebbe dovuto essere di lire 54.816.000).

In ciò la Commissione ha riscontrato una irregolarità formale, sanzionabile con l'esclusione.

Al riguardo, deve convenirsi con la Società ricorrente che afferma come nel bando e nel disciplinare non si rinviene una comminatoria specifica per il mancato arrotondamento alle mille lire superiori della cauzione, che, per essere provvisoria, ha una funzione del tutto temporanea, essendo destinata ad essere sostituita, in caso di aggiudicazione, da quella definitiva da prestarsi nella misura del 10% dell'importo dei lavori, ex art.30.2, L.109/1994.

Né in detto mancato arrotondamento può ravvisarsi una irregolarità formale della documentazione tale da rendere suscettibile di applicazione la previsione di cui al citato foglio 7 del disciplinare di gara, previsione che va applicata, evidentemente, con un criterio di ragionevolezza, laddove l'irregolarità formale presenti una portata in qualche misura significativa e non quando la stessa *ratio* della prescrizione in esame sfugge, apparendo del tutto irrilevante ed ultronea, anche sotto il profilo della rispondenza ad un particolare interesse dell'Amministrazione, nonché sotto il profilo del rispetto della *par condicio* dei concorrenti.

Non è inutile rammentare che le prescrizioni delle gare ad evidenza pubblica vanno interpretate secondo ragione, avuto riguardo al contenuto sostanziale dell'adempimento, anche al fine di garantire la maggior partecipazione possibile di concorrenti alla procedura (C.S., sez.IV, 20.11.1998, n.1619).

Fondata è invece la terza ragione posta a fondamento della esclusione, determinata per aver prodotto il Presidente della Società, il Vice-Presidente e i due direttori tecnici la dichiarazione sostitutiva del certificato del casellario giudiziale o dei carichi pendenti di cui all'art.75.1, lett.b) e c) del D.P.R. 554/1999 invece dei documenti originali, così come tassativamente prescritto dal disciplinare di gara, a pena di esclusione, in conformità di quanto previsto dall'art.75 citato, come modificato dal D.P.R. 30.8.2000, n.412.

Il 2° comma del ricordato art.75, nella formulazione modificata, prevede che i concorrenti a procedure di affidamenti di appalti possano “dichiarare” l'inesistenza delle situazioni di cui al comma 1, lettere a,d,e,f,g,h, mentre devono dimostrare mediante la produzione di “certificato del casellario giudiziale o dei carichi pendenti che non ricorrono le condizioni previste al medesimo comma 1, lettere b,c “ (che riguardano l'assenza di procedimenti relativi ad una delle misure di prevenzione e di sentenze di condanna passate in giudicato o di applicazione della pena patteggiata per reati incidenti sull'affidabilità morale e professionale).

Nella specie, i soggetti suindicati hanno prodotto tutti, per quanto concerne i requisiti di cui all'art.75.1, lett.b) e c), dichiarazioni sostitutive dei certificati originali richiesti a pena di esclusione, per cui legittimo deve ritenersi il provvedimento espulsivo adottato dal Comune.

Né detta norma, che è norma speciale, può ritenersi implicitamente abrogata dal successivo D.P.R. 28.12.2000, n.445 sulla documentazione amministrativa, che all'art.46 , lett.aa) e bb) consente la presentazione di dichiarazioni per comprovare gli stati di cui sopra, per cui, nella gare in cui è applicabile l'art.75 citato, non può ritenersi consentita la presentazione di autocertificazioni in luogo dei certificati originali (T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 8.10.2001, n.617; C.S., Sez.V, 18.9.2002, n.4752).

Tardiva e infondata è anche la censura d'illegittimità della prescrizione in esame in quanto in contrasto con l'art.1.2 L.241/1990, che pone il divieto di aggravare il procedimento senza un particolare e motivato interesse, sia in quanto si sarebbe dovuto tempestivamente impugnare il bando, sia per il ricordato carattere di specialità dell'art.75 citato che prevale sulla norma di carattere generale.

Per le ragioni che precedono il ricorso n.293/2003 va respinto, con la conseguenza che va pure respinta la pretesa al risarcimento del danno. Si ravvisano eque ragioni per compensare le spese di causa.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo - L'Aquila, previa riunione dei ricorsi specificati in epigrafe, così provvede in ordine ad essi:

- a) dichiara inammissibile il ricorso n.53/2002;
- b) respinge il ricorso n. 293/2003 e, per l'effetto, la richiesta di risarcimento danni..

Spese compensate.

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

Così deciso in L'Aquila dal Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo nella Camera di Consiglio del 15 ottobre 2003