

La “trattativa privata” risulta essere meno soggetta alle rigide formalità (tra cui la valutazione della anomalia delle offerte ) cui soggiacciono l’asta pubblica e la licitazione privata come disciplinate dalla Direttiva 93/38/CEE e dalla legge 11 febbraio 1994, n. 109 s.m.i..

L’Amministrazione non può richiedere, né prima né tanto meno dopo la ricezione dell’offerta, altri documenti o dichiarazioni non previste dal bando, né può sanzionare l’esclusione dalla gara di un concorrente per la mancata produzione di un documento non previsto dal bando stesso

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 1664 del marzo 2004 ci offre un importante insegnamento relativamente alla minor rigidità da applicare alla trattativa privata rispetto alle altre forme di aggiudicazione di un appalto di lavori, relativamente alla richiesta della documentazione da presentare in sede di partecipazione

Non solo. versandosi in tema di trattativa privata, l’Amministrazione non era tenuta a stabilire nel bando, e, quindi, ad applicare le disposizioni sulla valutazione della anomalia delle offerte, che, come è noto, riguardano solo i pubblici incanti e le licitazioni private (art. 21, comma 1 bis della legge n. 109 del 1994 e art. 30 della direttiva CEE n. 93/37).

Osserva inoltre il Supremo giudice amministrativo che, poiché la lettera d’invito precisava che l’offerta non doveva contenere altri documenti, all’infuori di quelli indicati e non prevedeva espressamente delle clausole di esclusione dalla gara per la mancata produzione dei documenti richiesti, costituendo la lettera d’invito la *lex specialis* della gara ed essendo vincolante in modo inderogabile per tutti i soggetti interessati,

**l’Amministrazione era tenuta a verificare puntualmente solo l’osservanza delle condizioni stabilite nel bando, e, in particolare, la conformità a quest’ultimo della produzione documentale dei concorrenti.**

Relativamente alla documentazione che deve essere presentata da una ditta straniera, nel fare riferimento al combinato disposto dell’articolo 3 comma 7 del D.p.r. 34/2000 (cd regolamento Bargone per la qualificazione delle imprese negli appalti di opere pubbliche) con l’articolo 8, comma 11-bis della Legge 109/94 s.m.i. (cd Legge Merloni), i giudici del Consiglio di Stato confermano la legittimità dell’operato della Commissione giudicatrice che

**“ha accertato positivamente, in capo alla controinteressata, l’esistenza dei requisiti prescritti, sulla base della documentazione prodotta secondo la normativa vigente nel Paese di appartenenza (iscrizione nel registro delle imprese, certificato sui risultati di gestione, attestato dell’Amministrazione delle Finanze, ecc.)”.**

in conclusione, si legge nell’emarginata sentenza :

**“il rinvio generico alla normativa statale, regionale e comunitaria sui lavori pubblici, contenuto nella lettera di invito, non significa, infatti, che i partecipanti avrebbero dovuto autonomamente documentare il possesso di tutti i requisiti stabiliti dalla normativa legislativa e regolamentare che regola la materia; ma tal improprio asserzione rischierebbe di esporre i partecipanti alle gare all’arbitrio della Amministrazione, che non avrebbe più vincoli certi di riferimento nell’esercizio del pur necessario potere discrezionale”**

ha pronunciato la seguente

#### DECISIONE

sul ricorso in appello numero di registro generale 3686/2003, proposto dalla Soc. \*\*\*\* S.p.A., in persona del suo legale rappresentante rappresentato e difeso, per delega resa a margine dell'atto di appello dagli Avv.ti Giuseppe Campeis e Prof. Salvatore Alberto Romano ed elettivamente domiciliato presso lo suo studio di quest'ultimo in Roma, Corso Vittorio Emanuele II, n.254,

contro

il Comune di Tarvisio in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso, per delega resa a margine dell'atto di costituzione, dall'Avv. Luciano Di Pasquale e dall'Avv. Stefano Placidi, elettivamente domiciliato presso lo studio del primo in Roma, Via Postumia 3

e nei confronti

della \*\*\*\* m.b.H. in persona del suo legale rappresentante, non costituito in giudizio per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli-Venezia Giulia, n.1086/02, del 21 dicembre 2002,

Visto il ricorso con i relativi allegati.

Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte appellata.

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle proprie difese.

Visti gli atti tutti della causa.

Designato relatore, alla pubblica udienza del 9 gennaio 2004, il Consigliere Francesco D'OTTAVI ed uditi, altresì, gli avvocati Romano e Di Pasquale.

\*\*\* \*\*

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

#### FATTO

L'appellante rappresenta che con nota prot. 4846, del 2 aprile 2002, il Comune di Tarvisio ha disposto l'invito di una serie di imprese alla "gara ufficiosa per l'appalto a trattativa privata dei lavori per la realizzazione di una pista di fondo denominata "Pianta del Priesnig" in Tarvisio Capoluogo", ai sensi dell'art.8, l.r. 19 agosto 1996, n.31, in esecuzione di precedente determinazione n.456, del 29 marzo 2002; l'opera messa in gara consisteva nella realizzazione di una nuova pista da "sci nordico", che si sarebbe sviluppata parzialmente sul tracciato preesistente ed in parte su nuovi sedimi di proprietà comunale e di proprietà privata (categoria prevalente OG3, categorie scorporabili OG6 e OG1); l'aggiudicazione sarebbe avvenuta secondo il "criterio del massimo ribasso sull'importo posto a base d'asta (n.11 lettera di invito); l'importo a base d'asta era indicato in complessivi € 1.142.047,73 di cui € 1.101.028,98 per lavori a misura, € 28.107,33 per lavori a corpo e € 12.911,42 per oneri relativi alla sicurezza non soggetti a ribasso; l'importo soggetto al ribasso era precisato in € 1.129.136,31.

Per partecipare alla gara, ciascuna impresa avrebbe dovuto far pervenire propria offerta all'indirizzo della stazione appaltante entro le ore 12.00 del giorno 19 aprile 2002, accompagnata altresì da documentazione attestante il possesso dei requisiti di partecipazione, secondo i requisiti di legge e delle lettera di invito; facevano pervenire proprie offerte nei termini tre ditte: oltre all'appellante ed alla controinteressata, perveniva altresì l'offerta di \*\*\*\* S.p.A., con sede in Feletto Umberto (UD).

In data 23 aprile 2002 si riuniva la Commissione esaminatrice che provvedeva ad esaminare l'offerta.

In relazione alla documentazione fornita da \*\*\*\* m.b.H., la Commissione peraltro rilevava: a) il mancato possesso della certificazione SOA (in quanto ditta con sede in stato estero); b) la mancanza dell'iscrizione nelle categorie OG3 d OG5 / OG1 scorporabili (in quanto, appunto, ditta con sede in stato estero).

Aperte successivamente le buste contenenti le offerte, si riscontrava quanto segue:

- \*\*\*\* S.p.A. aveva offerto un ribasso sull'importo a base d'asta del 3,5%;
- \*\*\*\* S.p.A. aveva presentato un offerta al ribasso del 2,22%;
- \*\*\*\* m.b.H. aveva presentato un ribasso del 17%.

La Commissione dichiarava migliore tra tutte l'offerta presentata da \*\*\*\*, concludendo così i propri lavori.

In data 29 Aprile 2003, la \*\*\*\* S.p.A., esprimeva, per tramite di lettera raccomandata anticipata in stessa data via telefax, i propri dubbi in merito alla conformità tra quanto dichiarato dalla \*\*\*\*e quanto richiesto nel bando di gara confermando un appuntamento per la visione dei documenti fissato dal responsabile di settore, già componente della Commissione e responsabile del procedimento, p.e. Sergio \*\*\*\* per il giorno 7 maggio 2003.

In data 3 maggio 2003, con determinazione n.624/2002, il responsabile di settore, già componente della Commissione e responsabile del procedimento, "vista e rispettata la vigente normativa in materia", procedeva senza ulteriori attività alla aggiudicazione dell'appalto in favore di \*\*\*\*, subordinandola peraltro alla "presentazione di una polizza assicurativa che tenga indenne questa Amministrazione Comunale da tutti i rischi di esecuzione da qualsiasi natura determinati e che preveda anche una garanzia di responsabilità per danni a terzi nell'esecuzione dei lavori alla data di emissione del certificato di regolare esecuzione".

Ritenendo del tutto illegittimo l'operato della stazione appaltante, la \*\*\*\* S.p.A., effettuati i controlli della documentazione allegati alla gara di appalto dalla \*\*\*\*, in data 7 maggio 2003 inviava una lettera raccomandata a.r., sottolineando le gravi e più evidenti lacune che la procedura presentava, ed in seguito adiva il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli-Venezia Giulia, al fine di ottenere l'annullamento degli atti di gara e il risarcimento del danno patito, con preferenza per il ristoro in forma specifica.

Il Tribunale con sentenza 21 dicembre 2002, n.1086 respingeva il ricorso.

L'istante ritiene ingiusta ed illegittima la richiamata sentenza per i seguenti motivi:

0.1. - violazione di legge (art.26, c. 1 l. T.A.R.) – Errata declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado in relazione ai motivi rubricati 3, 4, 5, 5, 7 – Violazione della lex specialis di gara (artt.6 e 11) – Travisamento – Errori in giudicando.

Il Tribunale ha ritenuto inammissibili i motivi di ricorso nn.3, 4, 5, 6 e 7 rilevando che il ricorrente non ha impugnato sul punto la lettera d'invito.

Peraltro l'appellante rileva che l'art.11 della lettera di invito stabiliva: "Si intendono qui esplicitamente e testualmente richiamate tutte le leggi regionali regolanti le procedure di appalto di opere pubbliche e, per quanto compatibili, quelle nazionali e comunitarie"; poiché il bando nulla di esplicito diceva in merito alla prova dei requisiti richiesti dalla legge (comunitaria, nazionale e regionale) per la qualificazione delle imprese straniere (con particolare riferimento ai requisiti di moralità, di rispetto della normativa sui disabili, di regolare osservanza degli obblighi fiscali), era evidente che direttamente alla legge ci si dovesse rifare da parte della stazione appaltante, posto che la stessa lettera di invito ad essa faceva esplicito richiamo per l'integrazione delle lacune. Se il bando è lacunoso, non esisterebbe infatti, secondo la prospettazione del ricorrente, alcun onere di impugnazione, a maggior ragione ove è il bando stesso a stabilire espressamente le modalità di sua etero integrazione.

Su tali presupposti, pertanto, la sentenza è del tutto errata, in quanto imputa alla ricorrente un onere di impugnazione non solo inesistente, ma addirittura del tutto privo di senso.

0.2 - Violazione di legge (art.26 l. T.A.R.) – Motivazione del tutto insufficiente e contraddittoria della sentenza impugnata – Error in iudicando.

Il Tribunale Amministrativo ha ritenuto di dover dichiarare l'infondatezza nel merito dei motivi di ricorso, pur avendo dichiarato la loro inammissibilità. Ciò comproverebbe l'incertezza del Collegio di primo grado nella scelta decisionale. Per tale motivo l'appellante ritiene di dover riproporre pedissequamente tutti i motivi del ricorso di primo grado.

1. Violazione della lex specialis di gara (n. 12, lett. d/ lettera d'invito) – Error in iudicando – Motivazione carente ed insufficiente su di un punto essenziale della controversia.

Secondo l'appellante il Comune di Tarvisio avrebbe dovuto procedere all'esclusione immediata di \*\*\*\*, per assenza dei requisiti di qualificazione.

\*\*\*\*infatti non ha allegato all'offerta l'attestato SOA, "in copia conforme, rilasciato da società di attestazione di cui al D.P.R. n.34/2000, regolarmente autorizzata in corso di validità; le categorie e le classifiche devono essere adeguate alle categorie e agli importi dei lavori da appaltare", né la lettera di invito stabiliva alcunchè di equipollente per imprese avente sede all'estero e/o in Paesi membri dell'Unione Europea, sul punto il Tribunale ha inteso rifarsi direttamente all'art.3 D.P.R. 25 gennaio 2000, n.34 (contraddicendosi peraltro clamorosamente con la declaratoria di inammissibilità di taluni dei motivi di ricorso); ma il richiamo non è pertinente, posto che l'attività di accertamento svolta dalla commissione in realtà non corrisponde a quanto ipotizzato ex post dal Tribunale stesso.

2. - Error in iudicando – Motivazione carente ed insufficiente su di un punto essenziale della controversia – Violazione di legge (Direttiva 93/97/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, artt.24 ss. – l. 11 febbraio 1994, n.109, art.8, comma 11 bis) – Principi generali in materia di qualificazione alle pubbliche procedure di gara – Violazione del principio della par condicio tra i partecipanti.

Alternativamente, sulla premessa secondo cui "le imprese dei Paesi appartenenti all'Unione europea partecipano alle procedure per l'affidamento di appalti di lavori pubblici in base alla documentazione, prodotta secondo le normative vigenti nei rispettivi Paesi, del possesso di tutti i requisiti prescritti per la partecipazione delle imprese italiane alle gare" (art.8, comma 11 bis l. n.109/1994), la controinteressata non ha sufficientemente documentato i requisiti essenziali per la qualificazione, e richiesti dalla legge italiana e dalla normativa europea di riferimento; secondo l'appellante era infatti preciso dovere di \*\*\*\* depositare, all'atto dell'offerta, idonea documentazione rilasciata quantomeno dalla AMT Kärntner Landesregierung, o simile, o adeguata per l'importo di gara.

Ciò è viceversa mancato del tutto, con conseguente carenza di prova, in generale, dei requisiti di qualificazione.

3. - Violazione di legge (Direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, artt.24 ss. – l. 11 febbraio 1994, n.109, art.8, comma 11 bis – D.P.R. 21 dicembre 1999, n.554, art.75) – Principi generali in materia di qualificazione alle pubbliche procedure di gara – Violazione del principio della par condicio tra i partecipanti

La documentazione fornita era comunque insufficiente, in quanto priva di ogni valore certificativo in particolare in relazione al requisito di “moralità professionale”.

Ritiene l'appellante che poiché a mente dell'art.24 della direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, può essere escluso dalla procedura di gara ogni imprenditore “nei confronti del quale si stata pronunciata una condanna, con sentenza passata in giudicato, per qualsiasi reato che incida sulla sua moralità professionale”, l'assenza di pronunzie di condanna deve essere debitamente documentata; poi va rilevato che tale principio è fatto proprio del diritto interno, secondo l'art.75, comma 1, lett. c) del D.P.R. 21 dicembre 1999, n.554, come sostituito dall'art.2, comma 2, del D.P.R. 30 agosto 2000, n.412.

4. - Violazione di legge (lettera di invito, n.12, lett. c – l. 12 marzo 1999, n.68, art. 17) – Error in judicando.

La lettera di invito richiedeva la prestazione di una dichiarazione sostitutiva, nella quale il partecipante dichiarasse “di essere in regola con le norme che disciplinano il lavoro dei disabili (art.17, legge 12 marzo 1999, n.68). L'art.17 della l. n.68/1999 prevede che “le imprese, sia pubbliche sia private, qualora partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, sono tenute a presentare preventivamente alle stesse la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, nonché apposita certificazione rilasciata dagli uffici competenti dalla quale risulti l'ottemperanza alle norme della presente legge, pena l'esclusione”. \*\*\*\* si è limitata a fornire una dichiarazione sostitutiva, ma ha ommesso di allegare la prescritta ed idonea certificazione, da rilasciarsi a cura della “Agenzia per l'Impiego” (o equipollente), attestante l'ottemperanza alle norme di cui alla ridetta l. n.68/1999.

Poiché la legge commina l'esclusione in caso di mancanza di tale certificazione, e non è ammissibile ritenere che le imprese estere possano essere esentate dall'incombente, la Commissione avrebbe dovuto pronunciare l'esclusione di \*\*\*\* per assenza di quest'ulteriore requisito, essenziale ed inderogabile ai fini della partecipazione.

5. - Eccesso di potere – Violazione di circolare (Nota Min. Lavoro e Previdenza Sociale 2 gennaio 2001) – Error in judicando – Violazione dell'art. 11 della lettera d'invito.

L'impresa \*\*\*\*avrebbe dovuto dichiarare o autocertificare di non essere soggetta al rispetto della legge 68/1999 relativa all'assunzione obbligatoria dei disabili.

6. - Error in judicando – Motivazione carente e difettosa – Violazione di legge (Direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, art.24, comma 1, lett. f – D.P.R. 25 gennaio 2000, n.34, art.17, comma 1, lett. e) – Carenza dei presupposti.

Al fine di documentare il requisito della piena regolarità in ordine all'adempimento degli “obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse secondo le disposizioni legali del paese dove egli è stabilito” (art.24, comma 1, lett. f, della direttiva 93/37/CEE), requisito che le imprese italiane

comprovano con certificazione SOA (art.17, comma 1, lett. e) D.P.R. n.34/2000), \*\*\*\* ha allegato una “attestazione”, rilasciata dall’Amministrazione delle Finanze austriaca – Ufficio Imposte di Spittal.

Tale dichiarazione non avrebbe viceversa potuto venire utilmente utilizzata ai fini dell’appalto di cui si discute, giacchè contiene una clausola del seguente tenore: “questa dichiarazione serve per essere presentata presso ..... l’ufficio del governo della Carinzia”.

7. - Error in iudicando – Motivazione errata su di un punto essenziale della controversia – Eccesso di potere – Istruttoria carente ed insufficiente.

La Commissione avrebbe dovuto prendere in esame, allorchando era in corso lo svolgimento dei lavori, il profilo riferito all’assenza, in capo a \*\*\*\*, di ogni documentazione attestante il requisito della “moralità professionale”, oltre che quello riferito al rispetto della l. n.68/1999 ed all’adempimento degli obblighi tributari.

L’assenza di istruttoria sul punto, viceversa dovuta e comunque doverosa, ha inficiato ulteriormente l’attività svolta e reso perciò illegittimi i conseguenti provvedimenti adottati.

Sul punto il Tribunale si è richiamato genericamente a motivazioni svolte nella separata disamina dei precedenti motivi, giungendo infine ad una conclusione veramente inaccettabile: “nessun incombente istruttorio gravava sulla Commissione giudicatrice”.

Tutta la normativa comunitaria, statale, e regionale impone, infatti, la doverosa verifica dei requisiti di partecipazione dei concorrenti, stabilendo come assolutamente necessaria tale attività per le stazioni appaltanti; infatti dalla dinamica del verbale di gara si evince come la Commissione abbia in sostanza abdicato al proprio ruolo, andando a creare una nicchia di favore per una impresa estera, alla quale si è concesso di partecipare alla gara in una situazione di totale assenza di verifiche sul possesso dei requisiti dando in seguito quasi l’impressione di voler anticipare i tempi di aggiudicazione forse perché nel frattempo raggiunti dalla contestazione della \*\*\*\*.

Secondo l’appellante le carenze documentali riferite al possesso di numerosi di questi requisiti (lavoro ai disabili, possesso della “moralità professionale”), avrebbero infatti reso ineludibile un approfondimento da parte della stazione appaltante e non un’immediata aggiudicazione della gara di appalto: non vi è invece traccia alcuna di dubbi di sorta che abbiano mai toccato la commissione di gara, la quale è singolarmente appiattita sulla decisione di ammettere comunque \*\*\*\* alla gara, in assenza totale di ogni approfondimento sui profili di diritto comunitario e di diritto austriaco che avrebbe viceversa dovuto venire in luce; tale atteggiamento, oltre a viziare i provvedimenti impugnati, è peraltro l’indice maggiore dell’esistenza di un atteggiamento psicologico particolarmente rimproverabile in capo alla stazione appaltante, e che fonda l’elemento della colpa ai fini risarcitori.

8. - Error in iudicando – Motivazione errata su di un punto essenziale della controversia – Violazione di legge (Direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, art. 30, comma 4 – l. 11 febbraio 1994, n.109, art. 21, comma 1bis) – Violazione di legge (principi generali in materia di esclusione delle offerte anomale) – Eccesso di potere – Istruttoria carente ed insufficiente.

Rileva l’istante che l’offerta presentata da \*\*\*\* diverge notevolmente rispetto a quelle di \*\*\*\* di \*\*\*\*, in quanto, in luogo di ribassi di pochi punti percentuali rispetto al prezzo posto a base d’asta (rispettivamente 3,5 e 2,22%), evidenzia un ribasso notevolissimo e del tutto “estemporaneo” (17%); su tale presupposto, detta offerta avrebbe dovuto – se non immediatamente esclusa – essere quanto meno posta oggetto di adeguato approfondimento istruttorio, in quanto all’evidenza “offerta anomala” ai sensi della direttiva 93/37/CEE, di cui avrebbe dovuto procedersi alla applicazione diretta (“se, per un determinato, appalto delle offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione,

l'amministrazione aggiudicatrice prima di poterle rifiutare richiede, per iscritto, le precisazioni che ritiene utili in merito alla composizione dell'offerta e verifica detta composizione tenendo conto delle giustificazioni fornite”), atteso il fatto che le offerte ammesse a confronto erano comunque in numero inferiore a cinque.

Alternativamente, laddove si fosse ritenuto essere preclusa l'applicazione diretta della normativa comunitaria e doverosa viceversa (ai fini della verifica dell'anomalia) una specifica previsione del meccanismo di verifica all'interno della lex specialis di gara, e quindi nella stessa lettera di invito, è evidentemente quest'ultima ad essere illegittima, se ed in quanto abbia ommesso di prevedere alcunchè in tal senso.

9. - Violazione di legge (l. 11 febbraio 1994, n.109, art.21, comma 5 – principi generali in materia di composizione delle commissioni di gara e di individuazione del responsabile del procedimento) – Eccesso di potere – Violazione di legge (art.97 Cost.) – Incompetenza.

L'aggiudicazione è stata pronunciata con determinazione n.624/2002 del 3 maggio 2002, con atto sottoscritto dal “Responsabile del servizio” e responsabile del procedimento p. e. \*\*\*\* Sergio, già competente della commissione giudicatrice, che ha vagliato le offerte ed ha individuato quella di \*\*\*\* come la migliore tra tutte quelle pervenute.

Al rileva l'appellante come secondo l'art.21, comma 5 della l. n.109/1994, “i commissari non debbano aver svolto né possono svolgere alcuna altra funzione od incarico tecnico od amministrativo relativamente ai lavori oggetto della procedura, e non possono far parte di organismi che abbiano funzioni di vigilanza o controllo rispetto ai lavori medesimi”, in ossequio ai canoni di imparzialità di buon andamento che devono presiedere all'azione della P.A. (art.97 Cost.); come è noto tale disposizione è stata ritenuta di principio, e pertanto non derogabile dalla legislazione delle Regioni ad autonomia differenziata, cui essa pertanto si applica senza eccezioni di sorta.

Secondo l'appellante nella fattispecie, è stata evidenziata l'incompetenza della commissione giudicatrice, presieduta da un soggetto incompatibile, in quanto responsabile del procedimento.

Lo stesso soggetto, alla fine, ha anche validato l'operato della stessa commissione di cui faceva parte, sottoscrivendo la determinazione di aggiudicazione definitiva e così rendendosi ulteriormente autore di un atto illegittimo, violando la regola secondo cui “in sede di gara d'appalto, la persona del presidente della commissione aggiudicatrice non può coincidere con il responsabile del procedimento sul rilievo della funzione di controllo sulle operazioni di gare insita nell'aggiudicazione definitiva”. Sul punto il Tribunale ha valorizzato il fatto che la procedura si svolgesse nelle forme della trattativa privata, ritenendo peraltro non applicabile al caso di specie la regola dell'art.21 della l. n.109/1994. L'assunto sostenuto è del tutto indivisibile, dal momento che “la previsione dell'art.21, comma 5 della l. n.109/1994 è infatti evidentemente destinata a prevenire i possibili effetti disfunzionali derivanti dalla partecipazione alle commissioni giudicatrici di soggetti (progettisti dei lavori, dirigenti che abbiano emanato atti del procedimento di gara, ecc.) che siano intervenuti a diverso titolo nella procedura contrattuale” (T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 7 febbraio 2001, n.3787).

10. - Sulla spese di lite – Motivazione carente ed insufficiente.

La condanna di \*\*\*\* S.p.A. alla rifusione delle spese di lite è ingiusta e comunque del tutto immotivata, non foss'altro per i profili relativi all'applicazione del diritto straniero; l'appellante si chiede pertanto, ed in ogni caso, la riforma della sentenza anche in merito al capo recante condanna alle spese.

L'appellante conclude per l'accoglimento del gravame con ogni consequenziale statuizione di legge, nonché per la rifusione dei danni tutti, patiti e patendi.

Si è costituita anche in questo grado del giudizio la resistente Amministrazione che, con analitica memoria deduce l'infondatezza dell'impugnazione concludendo per la reiezione dell'appello con vittoria di spese.

L'appellante ha ulteriormente argomentato sulla fondatezza del gravame con memoria depositata il 24 dicembre 2003.

Alla pubblica udienza del 9 gennaio 2004 il ricorso veniva trattenuto in decisione su conforme istanza degli avvocati delle parti.

\*\*\* \*\*

## DIRITTO

Come riportato nella narrativa che precede, con l'appello in esame viene impugnata la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Friuli Venezia Giulia, n. 1086/2002, del 20 dicembre 2002 n. 1086.

Oggetto del giudizio è la gara d'appalto per la realizzazione di una pista per sci da fondo in Comune di Tarvisio, località Piana del Priesnig, da utilizzarsi in occasione delle Universiadi del 2003, per l'importo a base d'asta di € 937.183,12.

La \*\*\*\* m.b.H., società austriaca, si è aggiudicata la gara avendo offerto il massimo ribasso (17%). La \*\*\*\* S.p.A., unica altra impresa ammessa, aveva offerto un ribasso del 3,5%.

Ricorre in primo grado la seconda classificata \*\*\*\* S.p.A., assumendo che la ditta austriaca avrebbe dovuto essere esclusa per mancanza di taluni requisiti e attestazioni richiesti dalla lettera d'invito, come analiticamente esposto nella parte narrativa. La ricorrente allega altresì istanza formale di risarcimento del danno.

Con la richiamata sentenza il Tribunale Amministrativo Regionale del Friuli Venezia – Giulia ha respinto il ricorso assumendo che i requisiti cui fa riferimento l'Impresa ricorrente, e che avrebbero dovuto comportare l'esclusione della \*\*\*\*dalla gara poiché non posseduti dalla aggiudicataria, non erano richiesti dalla lettera d'invito. Tutti tranne uno: l'attestazione di una S.O.A; la sentenza ha ritenuto tuttavia che la \*\*\*\*non avrebbe dovuto essere esclusa, e ciò in virtù di una corretta interpretazione della disposizione di cui all'art. 3, settimo comma, del D.P.R. 25 gennaio 2000, n.34, che semplificherebbe la produzione di documentazione amministrativa da parte delle Imprese non italiane stabilite in ambito comunitario.

Come riportato analiticamente in narrativa, con l'atto di appello l'Impresa \*\*\*\* S.p.A. ripropone in sostanza gli stessi motivi del primo grado di giudizio rubricandoli quali errori in giudicando.

\*\*\* \*\*

2. L'appello è infondato e va respinto.

Il Collegio ritiene infatti corrette e pertinenti le argomentazioni giuridiche dai giudici di primo grado e le motivazioni logiche che hanno portato alla declaratoria di inammissibilità di taluni motivi di ricorso e alla pronuncia di infondatezza di tutti i motivi di impugnativa.

Con il motivo 0.1 l'Impresa ricorrente contesta la dichiarata inammissibilità dei motivi 3, 4, 5, 6, 7.

Il rilievo è privo di pregio. Come rileva correttamente la sentenza impugnata, la lettera d'invito precisava che l'offerta non doveva contenere altri documenti, all'infuori di quelli indicati (punto 12 a), e non prevedeva espressamente delle clausole di esclusione dalla gara per la mancata produzione dei documenti richiesti. Peraltro rileva il Collegio che, pur essendo preceduta da lettera di invito, la procedura in esame era comunque una "trattativa privata", meno soggetta quindi alle rigide formalità cui soggiacciono l'asta pubblica e la licitazione privata come disciplinate dalla Direttiva 93/38/CEE e dalla legge 11 febbraio 1994, n. 109.

Costituendo la lettera d'invito la *lex specialis* della gara (ex multis Cons. Stato, V Sez., 6 marzo 1991, n. 204; T.A.R. Calabria, 29 marzo 2000, n. 344), ed essendo vincolante in modo inderogabile per tutti i soggetti interessati, l'Amministrazione era tenuta a verificare puntualmente solo l'osservanza delle condizioni stabilite nel bando, e, in particolare, la conformità a quest'ultimo della produzione documentale dei concorrenti.

Ne consegue che l'Amministrazione non poteva richiedere, né prima né tanto meno dopo la ricezione dell'offerta, altri documenti o dichiarazioni non previste dal bando, né poteva sanzionare l'esclusione dalla gara di un concorrente per la mancata produzione di un documento non previsto dal bando stesso. Ove venissero richiesti documenti e requisiti nuovi, non previsti dal bando di gara, l'operato dell'Amministrazione sarebbe infatti, sul punto, censurabile.

Sotto tale profilo il ricorrente avrebbe quindi necessariamente dovuto, a pena di inammissibilità, impugnare espressamente – a nulla valendo le formule di stile che estendono genericamente l'impugnativa a tutti gli atti pregressi –, anche l'atto presupposto costituito dalla lettera d'invito, deducendo la mancata previsione di determinati requisiti.

Correttamente, quindi, il Giudice di primo grado ha dichiarato inammissibile sul punto il ricorso.

\*\*\* \*\*

Il motivo 0.2. introduce la reiterazione delle analoghe censure dedotte in primo grado, e va parimenti disatteso stante l'infondatezza delle stesse.

In particolare, con il motivo 1 il ricorrente lamenta la mancata esclusione della \*\*\*\* per mancata produzione dell'attestazione di una S.O.A.. Analoghe considerazioni, di ordine più generale, vengono svolte nel motivo n. 2.

Il Collegio ritiene di poter condividere le deduzioni del Tribunale che ha disatteso la prospettazione dell'originario ricorrente.

Invero, il D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 (Regolamento recante istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 8 della L. 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni), all'art. 3, comma 7 ha stabilito che: "[.....] per le imprese stabilite in altri Stati aderenti all'Unione europea la qualificazione di cui al presente regolamento non è condizione obbligatoria per la partecipazione alle gare di appalto di lavori pubblici, nonché per l'affidamento dei relativi subappalti. Ai sensi dell'articolo 8, comma 11-bis, della legge per le imprese stabilite in altri Stati aderenti all'Unione europea l'esistenza dei requisiti prescritti per la partecipazione delle imprese italiane alle gare di appalto è accertata in base alla documentazione prodotta secondo le normative vigenti nei rispettivi paesi. La qualificazione è comunque consentita, alle stesse condizioni richieste per le imprese italiane, anche alle imprese stabilite negli Stati aderenti alla Unione europea".

La lettera di invito avrebbe dovuto quindi richiedere espressamente, ai sensi del citato articolo 8, comma 11-bis della legge n. 109/1994, per le imprese stabilite in altri Stati aderenti all'Unione europea, la dimostrazione del possesso degli specifici requisiti prescritti per la partecipazione delle imprese italiane alle gare di appalto, in base alla documentazione prodotta secondo le normative vigenti nei rispettivi paesi.

L'impostazione fornita dall'appellante, che deduce l'obbligo di esclusione della \*\*\*\*per non avere fornito adeguata documentazione, non è condivisibile, in quanto si fonda sull'asserita mancanza di requisiti 'ulteriori' e 'nuovi' rispetto a quelli stabiliti nella lex specialis della gara: i motivi dedotti al riguardo si appalesano quindi inammissibili, prima ancora che infondati, atteso l'onere che incombeva sull'istante, come già osservato, di impugnare l'atto presupposto costituito dalla lettera d'invito.

Peraltro, come pur correttamente rilevato dal Tribunale, risulta dagli atti di causa, e, segnatamente, dal verbale di gara del 23 aprile 2002, che la commissione giudicatrice ha accertato positivamente, in capo alla controinteressata, l'esistenza dei requisiti prescritti, sulla base della documentazione prodotta secondo la normativa vigente nel Paese di appartenenza (iscrizione nel registro delle imprese, certificato sui risultati di gestione, attestato dell'Amministrazione delle Finanze, ecc.).

Riassuntivamente, le censure di cui al motivo n. 1 vanno quindi disattese poiché: a) la disposizione di cui all'art. 7 del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, favorisce e consente la partecipazione alle gare di imprese prive di attestato S.O.A.; b) la lettera d'invito non chiedeva, come previsto dalla norma, la produzione di altri documenti che attestassero i requisiti della qualificazione; c) l'appellante non ha impugnato la lettera d'invito sotto tale profilo; d) l'Amministrazione aggiudicatrice ha rilevato la mancata produzione della S.O.A., ma ha comunque motivato l'ammissione dell'impresa austriaca.

Viceversa le censure di cui al motivo n. 2 vanno disattese per i profili più generali illustrati in precedenza.

\*\*\* \*\*

I profili di inammissibilità sinora svolti vanno riproposti con riferimento a tutti i motivi che seguono (3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 10). L'appellante sostiene infatti che determinati requisiti di partecipazione alle gare – sui quali sviluppa analiticamente ogni singolo motivo di ricorso –, abbiano operatività automatica pur non essendo previsti dagli atti di gara; tuttavia è certo che l'appellante non si è attivato per l'espressa impugnazione, sul punto della lettera di invito.

Rileva la Sezione che il rinvio generico alla normativa statale, regionale e comunitaria sui lavori pubblici, contenuto nella lettera di invito, non significa, infatti, che i partecipanti avrebbero dovuto autonomamente documentare il possesso di tutti i requisiti stabiliti dalla normativa legislativa e regolamentare che regola la materia; ma tal improponibile asserzione rischierebbe di esporre i partecipanti alle gare all'arbitrio della Amministrazione, che non avrebbe più vincoli certi di riferimento nell'esercizio del pur necessario potere discrezionale.

\*\*\* \*\*

Nel dettaglio, con il motivo n. 3 l'appellante ritiene che la \*\*\*\*non abbia dimostrato di possedere il requisito della "moralità professionale"

Viceversa, come osservato dal primo giudice, con argomentazioni condivise dal Collegio, la controinteressata ha prodotto idonea documentazione secondo le normative vigenti nel proprio Paese, e, segnatamente, il certificato di iscrizione nel registro delle imprese, dal quale non risultano precedenti o pendenze penali a suo carico.

Il motivo è quindi privo di pregio.

\*\*\* \*\*

Con il motivo n. 4 l'appellante deduce che la \*\*\*\*e le altre concorrenti avrebbero dovuto presentare la certificazione dell' "Agenzia per l'Impiego", attestante il rispetto della legge 12 marzo 1999, n. 68

Come già rilevato in primo grado, la controinteressata ha correttamente formulato la dichiarazione prevista dal bando in ordine all'osservanza della normativa in questione: non era quindi tenuta ad esibire la certificazione di cui all'art. 17 della legge n. 68/1999, poiché non richiesta dal bando stesso.

La censura pertanto va disattesa.

Nel motivo n. 5 l'appellante rileva il mancato rispetto della Circolare del Ministero del Lavoro del 2 gennaio 2001 secondo la quale andrebbe comunque dichiarato o autocertificato il rispetto della legge 12 marzo 1999, n. 68.

Anche tale profilo va disatteso per le considerazioni che precedono.

\*\*\* \*\*

Con il motivo n. 6 la ricorrente deduce l'assenza di una specifica dichiarazione o certificazione da parte della \*\*\*\*che attesti di essere in regola con gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse.

Il Collegio sul punto rileva che, dalla documentazione versata agli atti, si rileva che la \*\*\*\*ha presentato una attestazione rilasciata dall'Amministrazione delle Finanze austriaca-Ufficio Imposte di Spittal: questo documento, contrariamente a quanto deduce l'appellante, è da considerarsi pienamente valido anche al di fuori del territorio austriaco, dato che – alla stregua delle suesposte osservazioni sul disposto dell'art. 3, comma 7 del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 – esso attesta inequivocabilmente il possesso del requisito relativo all'adempimento degli "obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse secondo le disposizioni legali del paese dove egli si è stabilito".

Osserva peraltro, il Collegio che il bando non prevedeva espressamente la produzione della dichiarazione pretesa dalla ricorrente.

Il motivo va quindi disatteso.

\*\*\* \*\*

Con il motivo n. 7, la \*\*\*\* S.p.A. reitera la doglianza relativa alla dimostrazione del requisito della "moralità professionale", che aveva già formato oggetto del terzo motivo di appello, ma anche tali doglianze vanno disattese per le stesse argomentazioni svolte in sede di esame del terzo motivo di appello.

\*\*\* \*\*

Nel motivo n. 8 l'appellante lamenta il mancato inserimento nella lettera d'invito di una clausola di esclusione automatica delle offerte anomale, che avrebbe consentito di escludere la \*\*\*\*in ragione del forte ribasso operato (17%) rispetto a quello della ricorrente (3,5%).

Anche tali censure sono infondate.

Rileva il Collegio che, come già esposto nei profili di carattere generale, versandosi in tema di trattativa privata, l'Amministrazione non era tenuta a stabilire nel bando, e, quindi, ad applicare le disposizioni sulla valutazione della anomalia delle offerte, che, come è noto, riguardano solo i pubblici incanti e le licitazioni private (art. 21, comma 1 bis della legge n. 109 del 1994 e art. 30 della direttiva CEE n. 93/37).

D'altra parte, come già rilevato dal Tribunale, la scelta della Amministrazione di non procedere alla verifica della anomalia non appare manifestamente illogica, alla luce di quanto precisato dal resistente Comune di Tarvisio circa la riscontrata ininfluenza di ribassi, anche rilevanti, sulla esecuzione di precedenti lavori comunali, e sullo stesso lavoro per cui è causa, portato a compimento con piena soddisfazione dello stesso Comune.

\*\*\* \*\*

Con il motivo n. 9 l'appellante solleva invece un vizio formale relativo alla sottoscrizione dell'atto di aggiudicazione da parte del Responsabile del Procedimento, che al tempo stesso presiedeva la commissione giudicatrice; in particolare, secondo l'appellante il Presidente del Seggio di gara avrebbe illegittimamente svolto anche le funzioni di Responsabile del procedimento, adottando la impugnata determinazione n. 624/2002, del 3 maggio 2002, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione a favore della \*\*\*\*.

L'assunto non ha pregio e va disatteso.

La giurisprudenza di questo Consesso, e di questa Sezione in particolare, ha stabilito, infatti, che: "per gli Enti locali la cosiddetta approvazione degli atti di gara d'appalto costituisce l'atto finale del procedimento, che può essere adottato anche dal soggetto che ha presieduto il seggio di gara, non sussistendo al riguardo alcuna incompatibilità" (ex multis Cons. St., V, 21 giugno 2002, n. 3404; Cons. St., V, 6 maggio 2002, n. 2408).

La giurisprudenza testè richiamata ha sottolineato altresì la circostanza che l'art. 21, comma 5 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, come modificato dall'art. 7 della legge 18 novembre 1998, n. 415, si riferisce espressamente alla commissione giudicatrice dell'appalto concorso e della licitazione privata, e sanziona la incompatibilità tra i membri della commissione e coloro che saranno chiamati a far parte di organismi con funzione di vigilanza e controllo sulla procedura di gara unicamente in relazione alla successiva fase esecutiva dell'appalto, e, segnatamente, alla fase della approvazione del contratto: nel caso che ci occupa, come più volte ricordato, si versa in tema di trattativa privata, cioè in una ipotesi diversa da quella prevista dalle suindicate disposizioni; inoltre, l'attività del Responsabile del Servizio non ha riguardato la successiva fase esecutiva dell'appalto, bensì quella della mera aggiudicazione definitiva di quest'ultimo.

\*\*\* \*\*

Nell'ultimo motivo l'appellante lamenta infine l'immotivata condanna al pagamento delle spese di lite.

Alla luce delle considerazioni svolte nella sentenza di primo grado, la condanna alle spese non appare immotivata, né tantomeno eccessiva.

Tuttavia, la particolarità delle questioni esaminate e la complessità della fattispecie suggerisce al Collegio di compensare le spese limitatamente alla fase del presente giudizio di appello.

\*\*\* \*\*

3. Per tutte le suesposte considerazioni, il ricorso in appello va respinto, con compensazione delle spese di giudizio

\*\*\* \*\*

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe indicato, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

\*\*\* \*\*

Così deciso in Roma, il 9 gennaio 2004, dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato, riunita in Camera di consiglio DEPOSITATA IN SEGRETERIA Il 29 marzo 2004