



Ricorso n. 3128/2003

Sent. n. 3908/04

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, prima Sezione, con l'intervento dei signori magistrati:

Stefano Baccharini	Presidente
Angelo De Zotti	Consigliere, relatore
Rita Depiero	Consigliere

ha pronunciato la seguente

Avviso di Deposito del a norma dell'art. 55 della L. 27 aprile 1982 n. 186 Il Direttore di Sezione

SENTENZA

sul ricorso n. 3128/2003, proposto da **SICILIANA COSTRUZIONI GENERALI** s.n.c. rappresentata e difesa dagli avvocati Alvise Cecchinato, Giuseppe Gitto e Santi Pappalardo, con elezione di domicilio presso lo studio del primo in Venezia S. Marco, 4603;

contro

il **COMUNE DI MASSANZAGO (PD)**, rappresentato e difeso dagli avvocati Vittorio Domenichelli e Franco Zambelli, con elezione di domicilio presso lo studio di quest'ultimo, in Venezia Mestre via Cavallotti, 22;

e nei confronti

della S.r.l. **BELVEDERE COSTRUZIONI**, rappresentata e difesa dall'avvocato Alfredo Biagini, con elezione di domicilio presso lo studio del medesimo, in Venezia - S. Croce n. 466/g;

per l'annullamento

del provvedimento dirigenziale del 6.11.2003, con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva dell'appalto dei lavori di costruzione del "nuovo plesso scolastico del capoluogo" a favore dell'impresa Belvedere **Costruzioni** s.r.l., e delle presupposte operazioni di gara, nella parte in cui è stata ammessa l'offerta dell'aggiudicataria; e per il risarcimento del danno anche attraverso la reintegrazione in forma specifica.

Visto il ricorso, notificato il 4 dicembre 2003 e depositato in Segreteria il 12 dicembre 2003, con i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio;

visti gli atti tutti della causa;

uditi, all'udienza pubblica del giorno 8 aprile 2004 (relatore il consigliere Angelo **De Zotti**), l'avv. Pappalardo per la ricorrente, Neri, in sostituzione di Domenichelli, per il Comune e Biagini, per la controinteressata;

ritenuto in fatto e considerato in diritto:

Fatto

Con ricorso notificato il 4 dicembre 2003, la ricorrente società Siciliana Costruzioni Generali S.n.c. ha partecipato al pubblico incanto indetto dal Comune di Massanzago, con bando dell'8 luglio 2003, per l'appalto dei lavori di costruzione di un nuovo edificio da destinare a plesso scolastico, con importo a base d'asta di € 1.832.065,37.

A conclusione della procedura di gara è stata dichiarata aggiudicataria definitiva l'impresa Belvedere Costruzioni s.r.l.

controinteressata, la cui offerta di ribasso del 9,47%, è risultata la migliore tra quelle al di sotto della soglia di anomalia, individuata nel 9,531%.

Ritenendo illegittimo tale provvedimento, la ricorrente lo impugna e ne chiede l'annullamento con vittoria di spese per i seguenti motivi:

1) violazione del punto 11 del bando di gara in relazione al punto relativo alle modalità di presentazione dell'offerta indicate nel disciplinare di gara e dell'art. 1 bis, comma 14, della legge 383/2001; eccesso di potere per violazione dei principi di imparzialità e correttezza dell'azione amministrativa e della par condicio.

Si sostiene che l'aggiudicazione dell'appalto all'impresa Belvedere Costruzioni è illegittimo, in quanto l'offerta avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per la violazione del punto 13 delle modalità di presentazione dell'offerta, il quale prescriveva - tra le dichiarazioni richieste ai concorrenti - quella specifica "di non essersi avvalso di piani individuali di emersione di cui alla Legge 383/2001 ovvero di essersi avvalso di piani individuali di emersione di cui alla legge 383/2001 ma che il periodo di emersione si è concluso"; che la dichiarazione resa dalla società aggiudicataria in ordine a detto punto risulta espressamente e integralmente depennata e dunque omessa; che la violazione anzidetta rileva sul piano sostanziale e pertanto comporta l'esclusione della concorrente, senza alcuna valutazione

discrezionale in ordine alla sua essenzialità essendo gli effetti escludenti direttamente ricollegabili alla norma violata.

Si sono costituiti in giudizio, sia l'amministrazione appaltante che l'aggiudicataria; ambedue contestano i motivi di ricorso e ne chiedono il rigetto con vittoria di spese.

Alla pubblica udienza dell'8 aprile 2004, previa audizione dei difensori delle parti, il ricorso è stato posto in decisione.

Diritto

Con i diversi profili di doglianza contenuti nell'unico motivo di ricorso, la deducente chiede l'annullamento dell'aggiudicazione della gara sostenendo che il concorrente dichiarato vincitore avrebbe dovuto, in realtà, essere escluso per non avere reso una delle dichiarazioni essenziali prescritte dal bando.

Si tratta, nello specifico, della dichiarazione prevista dal punto a.13 del modulo di domanda e cioè "di non essersi avvalso dei piani di emersione di cui alla legge 383/2001, ovvero di essersi avvalso dei piani di emersione di cui alla legge 383/2001 ma che il periodo di emersione si è concluso".

Dichiarazione, questa, che il concorrente vincitore ha depennato, e che invece era espressamente richiesta, poiché, solo se resa in senso positivo avrebbe potuto consentirgli di partecipare alla gara.

Ciò in quanto l'art. 1 bis, comma 14, della legge 383/2001 sanziona con l'esclusione chi si

trovi nelle condizioni ostative in essa previste e sino a quando tali condizioni permangano.

L'amministrazione appaltante, quindi, non avrebbe potuto ammettere il concorrente Belvedere alla licitazione, non sussistendo alcuna possibilità di utilizzare criteri discrezionali di valutazione dell'errore, se così inteso, in senso diverso e più favorevole al concorrente rispetto dall'obbligo di esclusione imposto direttamente dalla legge, né per consentire, ove richiesta, la "regolarizzazione" della domanda, in applicazione del c.d. dovere di soccorso e dell'interesse della massima partecipazione, trattandosi di rimedio, quest'ultimo, inapplicabile al caso in cui il concorrente abbia omesso dichiarazioni essenziali per la partecipazione alla gara stessa e la regolarizzazione richieda, come nella fattispecie, una nuova dichiarazione in ordine al possesso del requisito richiesto ovvero la prova ex post della situazione sottostante.

L'amministrazione e la parte controinteressata contestano la fondatezza delle censure e sostengono, in sintesi, con argomenti sostanzialmente coincidenti: che la dichiarazione in questione non è stata omessa dal concorrente ma che è stata resa erroneamente e che l'intenzione del dichiarante era quella di depennare (ciò che ha fatto tracciando una serie di linee trasversali sulla parte relativa alle dichiarazioni in questione) una voce che non lo interessava, con ciò escludendo che sussistessero le condizioni ostative della partecipazione contenute nella

dichiarazione; che la prescrizione, intesa come obbligo di dichiarazione, non era sanzionata espressamente con l'esclusione dalla gara e che essa non era essenziale; che occorre distinguere tra l'effetto di esclusione dalla gara che deriva dalla norma sottostante alla prescrizione (l'art. 1 bis comma 14[^] della legge 383/2001) e quello che deriva dall'omessa dichiarazione e, da ultimo, che nella specie la mancanza o l'errore contenuto nella dichiarazione di cui si tratta costituiva una mera irregolarità inidonea a determinare l'esclusione del concorrente e che l'amministrazione "sarebbe stata tenuta a richiedere al concorrente un'integrazione documentale ritenuta adeguata a dar contezza dell'insussistenza della condizione ostativa prevista dalla ricordata prescrizione".

Il Collegio ritiene che nessuno di questi argomenti, diretti a contrastare la censura, meriti, tuttavia, di essere condiviso.

Innanzitutto è opportuno puntualizzare che non è controverso (risulta, infatti, dalla copia della domanda di partecipazione dimessa in atti) che il concorrente Belvedere abbia sbarrato con tratti di penna trasversali la dichiarazione di cui al punto 13: ne consegue, in fatto, che, consapevolmente o per errore, sul punto relativo alle condizioni previste dalla legge 383/2001 nessuna dichiarazione è stata resa dal concorrente.

L'assunto che depennando la dichiarazione si intendessero escludere le condizioni ostative della partecipazione è insostenibile perché la dichiarazione enunciava due ipotesi

alternative, ambedue riferite a situazioni di ammissibilità della domanda (non essersi avvalso dei piani di emersione ovvero di averli conclusi) tali per cui cancellando la dichiarazione il concorrente escludeva di trovarsi proprio nelle situazioni che la legge considera condizioni necessarie (e che la domanda imponeva di attestare) per partecipare alle gare pubbliche.

Dunque la domanda era priva di una dichiarazione richiesta espressamente dal bando e certamente essenziale, perché senza di essa l'amministrazione avrebbe dovuto presumere l'insussistenza dei requisiti di cui alla legge 383/2001 ed escludere il concorrente Belvedere dalla gara: l'art. 1 bis, comma 14 della legge 383/2001, impedisce, infatti, espressamente ("sono esclusi") ai soggetti che si avvalgono dei piani individuali di emersione di partecipare alle gare di appalto fino alla conclusione del suddetto periodo.

Né vale affermare che la dichiarazione di cui al punto 13, a differenza di altre contenute nel modulo di domanda (ad esempio la voce 3.1. e 3.2.) non era accompagnata dalla specifica declaratoria di esclusione, che peraltro era esplicitata nel bando di gara al punto 11. (ricezione delle offerte) con riferimento a tutta la documentazione da produrre, in quanto le dichiarazioni che, come quella in questione, sono finalizzate ad attestare i requisiti di partecipazione e/o che sono sostitutive di documentazione, si considerano essenziali per definizione e non possono che comportare l'esclusione del concorrente,

indipendentemente dal richiamo, nel bando, a tale specifica sanzione, la cui applicazione è imposta dal principio di par condicio, per cui, ciò che è richiesto tassativamente a tutti non è derogabile per alcuno.

E ciò ove non si ritenga che la declaratoria di esclusione fosse quella esplicitata nel bando di gara al punto 11 (ricezione delle offerte) laddove si dispone espressamente che “incorreranno nell’esclusione dalla gara i concorrenti per i quali manchi o risulti incompleta o irregolare la documentazione richiesta“, nel cui ambito (cfr. pag. 7 del disciplinare) è compresa anche l’istanza e le dichiarazioni di cui essa consta.

D’altra parte non sembra al Collegio che la questione della presenza di una sanzione esplicita possa considerarsi comunque decisiva, nel senso della possibilità di ammettere l’offerta pur in assenza della dichiarazione o con la dichiarazione depennata, perché, come già rilevato, la dichiarazione era essenziale per partecipare e dunque, a tutto concedere l’amministrazione, rilevandone la mancanza, avrebbe dovuto valutarne le implicazioni ponendosi di fronte a due sole alternative: l’esclusione del concorrente o, come sostiene il controinteressato, l’ammissione previa regolarizzazione della domanda nell’esercizio del c.d. dovere di soccorso, se ed in quanto ne sussistessero i presupposti.

Presupposti che a giudizio del Collegio non sussistevano perché nella specie non si trattava (o meglio, non si sarebbe

trattato) di una regolarizzazione, ma di un'integrazione della domanda di partecipazione che la giurisprudenza considera inammissibile perché implica violazione della par condicio, salvo che essa non sia giustificata da ragioni di oggettiva difficoltà nella sua formulazione riguardanti tutti i concorrenti (oscurità del bando, errore indotto dall'amministrazione etc.) e non da vizi imputabile al singolo concorrente, su cui grava l'onere della c.d. partecipazione diligente.

L'amministrazione, nell'ipotesi di documentazione incompleta od erronea può, nell'ambito della propria discrezionalità, invitare l'interessato a provvedere alla sua regolarizzazione, nei limiti in cui l'integrazione non sia riferita agli elementi essenziali della domanda, rispetto ai quali devono essere rispettati i principi della "par condicio" e l'osservanza dei tempi procedurali (cfr. Consiglio di Stato sez. 5^a 2003 n. 2379; Consiglio Stato, sez. IV, 9 dicembre 2002, n. 6684; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, 1 aprile 2003, n. 428)).

Va soggiunto peraltro, una volta stabilito, come si è detto, che la domanda del concorrente Belvedere avrebbe dovuto essere considerata carente di un elemento essenziale ed esclusa, che non è possibile per l'amministrazione eccepire, al fine di contrastare la domanda di annullamento dell'aggiudicazione, la "virtuale" possibilità della regolarizzazione della domanda del concorrente dichiarato aggiudicatario.

Infatti, è vero che l'amministrazione sostiene di aver

regolarizzato l'imperfezione documentale grazie ai chiarimenti forniti verbalmente dal rappresentante della ditta Belvedere e di aver verificato i requisiti di ammissione e l'insussistenza delle cause di esclusione dalla gara prima dell'aggiudicazione, ma questa è un'affermazione che non trova riscontro nel verbale di gara e comunque non sarebbe stato sufficiente acquisire chiarimenti verbali ma (se di regolarizzazione si tratta e ammesso che ciò fosse possibile) una dichiarazione integrativa della domanda in sede di valutazione della documentazione e prima dell'apertura delle offerte e non ad aggiudicazione avvenuta.

Dunque non si tratta qui di stabilire se l'amministrazione appaltante potesse regolarizzare la domanda quanto di prendere atto che essa nella specie non ha rilevato la causa di esclusione del concorrente e non si è posta il problema (della regolarizzazione), né questa è stata richiesta dal concorrente che ha beneficiato dell'ammissione, per cui nessuno ha in realtà accertato (in assenza della dichiarazione) e prima dell'ammissione se la ditta aggiudicataria possedesse effettivamente o meno i requisiti di cui alla mancata dichiarazione.

Ne consegue che questa eccezione puramente teorica non può avere ingresso, in quanto, a gara conclusa, ciò che la controinteressata assume essere doveroso (la regolarizzazione della domanda in luogo dell'eventuale esclusione) e che non fu fatto, consentendole di partecipare, non può tradursi ex post in un

evento giuridicamente apprezzabile, tale per cui l'ammissione illegittima del concorrente Belvedere possa considerarsi "virtualmente" sanata e con essa anche la successiva aggiudicazione.

Il provvedimento impugnato è quindi (e tale resta) inficiato dai vizi dedotti nel motivo, che consistono nell'erronea ammissione alla gara del concorrente aggiudicatario, e ne giustificano l'annullamento.

Per l'effetto, rivalutate le risultanze della gara stessa ed in particolare le conseguenze dell'esclusione del concorrente aggiudicatario, risulta, senza alcuna contestazione sul punto, che in tal caso vincitrice della gara sarebbe stata l'offerta della ricorrente, che ha proposto il secondo miglior ribasso dopo quello di Belvedere, entro i limiti dell'anomalia.

Il ricorso è perciò fondato.

Occorre quindi passare alla domanda di risarcimento.

La ricorrente ha chiesto una pronuncia di risarcimento in forma specifica, alla quale l'amministrazione si oppone rilevando che, come si evince dagli atti di causa il contratto di appalto è stato già stipulato ed i lavori sono in corso di esecuzione.

Il Collegio riconosce che in tale situazione il giudice, valutando l'onerosità per il debitore (art. 2058 c.c.) può stabilire che il risarcimento avvenga per equivalente, avendo come misura l'utile non realizzato dall'avente diritto in seguito alla perdita irreversibile del contratto d'appalto.

Tale danno va quantificato (esclusivamente) sotto il profilo del lucro cessante e con riferimento al parametro indicato all'art. 345 della l. 20 marzo 1865, n. 2248 All. F e all'art. 122 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, vale a dire con riguardo al decimo dell'importo delle opere, riferito non al valore a base di gara (€ 1.892.065,37) ma al prezzo offerto dalla ditta ricorrente (€ 1.658.827,75), prezzo che risulta dall'applicazione della percentuale di ribasso del 9,24 sull'importo a base d'asta (10% di 1.658.827,75=168.827,75);

Inoltre, anche in assenza di una specifica domanda (cfr. Cass. civ., III, n. 2745 del 1997 e I, n. 12839 del 1992), va riconosciuta alla ricorrente la rivalutazione monetaria con decorrenza dalla data di inizio dei lavori da parte dell'impresa dichiarata aggiudicataria e fino alla data della pubblicazione della sentenza (cfr. Cass. civ., I, n. 11616 del 1992 e TAR Veneto, I, n. 6345 del 2002);

Le spese di causa, infine, seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura di cui al dispositivo.

P. Q. M.

il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sezione prima, definitivamente decidendo sul ricorso in premessa, respinta ogni contraria istanza ed eccezione, lo ACCOGLIE, e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato.

Condanna il Comune intimato al risarcimento del danno per equivalente, nella misura di cui al dispositivo.

Condanna il Comune di Massanzago e la controinteressata Belvedere Costruzioni S.r.l. al pagamento, in favore della parte ricorrente, delle spese e competenze del giudizio che liquida in € 4000/00 (euro quattromila/00), a carico di ciascuna di esse.

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

Così deciso in Venezia, nella camera di consiglio del giorno 8 aprile 2004.

Il Presidente

L'Estensore

Il Segretario

SENTENZA DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....n.....

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Direttore della Prima Sezione