



Ricorso n. 1386/2002

Sent. n. 67/05

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

Angelo De Zotti	Presidente f.f. , relatore
Rita Depiero	Consigliere
Marco Buricelli	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. 1386/02, proposto dalla ditta Costruzioni Guarda G.
s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Riccardo Cinti e Gabriela
Dalla Santa, con elezione di domicilio presso lo studio di quest'ultimo,
in Venezia - Calle Ballotte n. 4909;

contro

il Comune di Rovigo, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e
difeso dall'avv. Fulvio Lorigiola, con elezione di domicilio presso lo
studio dell'avv. Francesco Curato, in Venezia, P.le Roma n. 468/B;

e nei confronti

di TECNOASFALTI S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della clausola 14 lett. f) del bando di gara per pubblico incanto indetta
dal comune di Rovigo e del provvedimento verbale del 9 aprile 2002
di esclusione dalla gara della società ricorrente;

della determinazione dirigenziale 28 maggio 2002 n. 262 di

T.A.R. per il Veneto – I Sezione

n.r.g. 1386/02

aggiudicazione definitiva dell'appalto alla ditta Tecnoasfalti;

visto il ricorso, notificato il 7 giugno 2002 e depositato in Segreteria il 20 giugno 2002, e quello per motivi aggiunti notificato il 18 luglio e depositato il 22 luglio 2002 con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Rovigo;

viste le memorie prodotte dalla parti a sostegno delle rispettive difese;

visti gli atti tutti della causa;

uditi alla pubblica udienza del 15 luglio 2004 (relatore il Consigliere Angelo De Zotti), l'avvocato A. Andrade, in sostituzione dell'avvocato R. Cinti, per la ricorrente e l'avv. F. Lorigiola per il Comune di Rovigo;

ritenuto in fatto e considerato in diritto:

FATTO

La ricorrente rappresenta di aver partecipato ad una gara per pubblico incanto, bandita dal Comune di Rovigo, avente ad oggetto l'appalto per l'esecuzione dei "Lavori di adeguamento della sede viaria nelle frazioni Boara Polesine, Cà Bianca, Sarzano, Borsea, Grignano Polesine e nei quartieri S. Sisto, S. Pio X, Commenda Est e centro storico del Capoluogo", da aggiudicarsi mediante "massimo ribasso percentuale sull'elenco prezzi posto a base di gara" e di essere stata esclusa (insieme ad altri quattro concorrenti) per non aver prodotto, in uno con la cauzione nella misura ridotta del 50% ai sensi dell'art. 8 co. 11 quater L 109/94, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000, "in originale o

T.A.R. per il Veneto – I Sezione**n.r.g. 1386/02**

copia autenticata ai sensi dell'art. 18 del D.P.R. n. 445/2000”, come previsto dal bando “a pena di esclusione”, ma sibbene una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, modalità alternativa prevista dal combinato disposto dell'art. 19 e 47 del D.P.R. 445/2000.

Ritenendo illegittima tale determinazione ed assumendo che ove la propria offerta non fosse stata esclusa sarebbe stata dichiarata aggiudicataria della gara, essa impugna i provvedimenti in epigrafe e ne chiede l'annullamento con vittoria di spese per i seguenti motivi:

1) Eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza e contrasto con il principio di proporzionalità dell'art. 14 letto f) del bando; violazione del D.P.R. 445/200 e dell'art. 97 Cost.; annullamento o disapplicazione del bando di gara.

Si sostiene che la prescrizione contenuta all'art. 14 lett. f) del bando, dalla cui applicazione è derivata l'esclusione della società ricorrente (e di altro quattro concorrenti), è illegittima perché contrasta con le norme del D.P.R. 445/2000 che prevedono la possibilità di sostituire le formalità dell'autentica con una dichiarazioni sostitutiva dell'atto di notorietà resa in conformità all'art. 38 dello stesso D.P.R.; che la discriminazione operata dalla clausola in questione risulta altresì ingiustificata anche in relazione alla finalità perseguita dalla normativa di riferimento (D.P.R. 445/2000), che è quella di garantire la riproduzione fedele e duratura dell'atto, documento o certificato; che lo strumento prescelto dalla stazione appaltante per perseguire detta finalità contrasta quindi con il principio di proporzionalità che tale disciplina esprime; che pertanto è illegittimo, in via derivata,

T.A.R. per il Veneto – I Sezione**n.r.g. 1386/02**

anche il provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara e quello successivo di aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata Tecnoasfalti, posto che a seguito della (rifiutata) riammissione dell'offerta della ricorrente quest'ultima sarebbe stata aggiudicataria della gara.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione resistente che ha eccepito preliminarmente l'inammissibilità e l'improcedibilità del ricorso e nel merito la sua infondatezza, chiedendone la reiezione con vittoria di spese.

In particolare essa ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per omessa notifica al controinteressato aggiudicatario della gara.

In sede cautelare il Tribunale, rilevato che non sussisteva alcuna prova della conoscenza del provvedimento di aggiudicazione provvisoria, essendo noto alla ricorrente solo il provvedimento di esclusione impugnato, ha ordinato l'integrazione del contraddittorio nei confronti della controinteressata Tecnoasfalti.

A ciò la ricorrente ha provveduto, impugnando nell'occasione, con motivi aggiunti, anche il provvedimento di aggiudicazione deducendone l'invalidità derivata.

Unitamente alla domanda di annullamento la ricorrente ha chiesto la disapplicazione della norma del bando, ove questa fosse ritenuta tardivamente impugnata ed ha proposto altresì domanda di risarcimento del danno per equivalente, nel caso in cui, essendo stato già stipulato il contratto d'appalto, il Tribunale escluda di poter emettere sentenza di condanna in forma specifica.

T.A.R. per il Veneto – I Sezione

n.r.g. 1386/02

All'udienza del 15 luglio 2004 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

L'eccezione di inammissibilità del ricorso per omessa notifica alla controinteressata Tecnoasfalti, aggiudicataria dell'appalto, deve ritenersi superata a seguito dell'integrazione del contraddittorio disposta su ordine del Tribunale, il quale l'ha ritenuta ammissibile poiché non sussisteva, né era stata fornita, alcuna prova che la ricorrente, informata verbalmente dell'esclusione, conoscesse il provvedimento di aggiudicazione al terzo; provvedimento che è stato, in prosieguo di causa, impugnato non appena depositato in giudizio.

Ulteriormente da disattendere è l'eccezione di inammissibilità del ricorso per tardiva impugnazione del bando nella parte in cui (art. 14 lett. f.) prevede l'obbligo, a pena di esclusione, della produzione "in originale o copia autentica" della certificazione di sistema di qualità UNI EN ISO 9000, in quanto non si tratta, all'evidenza, di clausola "escludente" e dunque da impugnare immediatamente, come sostiene l'amministrazione, ma di prescrizione che, indipendentemente dalla virtuale possibilità di essere interpretata in senso compatibile con la pretesa del concorrente, non era immediatamente lesiva e dunque poteva essere impugnata all'atto della sua applicazione, unitamente al provvedimento di esclusione e/o di aggiudicazione della gara al terzo (C.d.S. Ad. Pl. 29 gennaio 2003 n.1; tra le ultime T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 24 febbraio 2004, n. 2383; T.A.R. Veneto sez. I⁴ 4 aprile 2002 n. 1270).

Quanto all'ulteriore eccezione preliminare di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, perché la ricorrente non avrebbe dimostrato che ove ammessa alla gara sarebbe risultata vincitrice, il Collegio ne avverte la problematicità ai fini risarcitori ma non il fondamento perché anche se è vero che tale prova non sussiste in quanto l'offerta economica di Costruzioni Guarda non è stata aperta (e pare che sia stata restituita alla stessa ricorrente), per radicare l'interesse al ricorso è sufficiente l'interesse strumentale a rimettere in discussione il rapporto, non occorrendo la prova che il soggetto ricorrente avrebbe vinto la gara, nè il giudice è tenuto a compiere indagini a questo riguardo (cfr. C.d.S. sez. VI, 14 ottobre 2003, n. 6280).

Il Collegio ritiene invece che sussista, anche se non espressamente rilevato dall'amministrazione in sede di esclusione della ricorrente dalla gara, perché assorbito da una motivazione più ampia, un diverso profilo di inammissibilità (parziale) del ricorso, per difetto di interesse, legato al tipo di documento sostitutivo che la ricorrente ha prodotto per comprovare il requisito di cui si controverte e che essa presume essere alternativo alla modalità imposta dal bando.

Il Collegio non può infatti non rilevare che l'interesse della ditta ricorrente all'annullamento della clausola impugnata, la cui caducazione è essenziale per il recupero dell'offerta esclusa, scaturisce dall'affermazione che la ditta Costruzioni Guarda anziché produrre la certificazione richiesta dal bando "in originale o in copia autentica" ha prodotto, al pari degli altri quattro concorrenti esclusi,

T.A.R. per il Veneto – I Sezione**n.r.g. 1386/02**

una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, che si assume equivalente alla produzione del documento richiesto (art. 19 e 47 co. 1^o D.P.R. 445/2000) e tale per cui annullando detta clausola (articolo 14 lett. f) nella parte in cui esclude la diversa modalità di certificazione utilizzata dalla concorrente esclusa ne conseguirebbe, in via derivata, l'annullamento del provvedimento di esclusione e, in via ulteriormente consequenziale, quella del provvedimento di aggiudicazione alla controinteressata Tecnoasfalti, impugnato con motivi aggiunti in sede di integrazione del contraddittorio.

Senonchè, anche se l'amministrazione, come già chiarito si è limitata ad escludere la ditta Costruzioni Guarda "per non aver prodotto la certificazione del sistema di qualità in copia autentica ai sensi dell'art. 18 del D.P.R. 445/2000, come espressamente previsto al punto 14 lett. f) del bando di gara", dalla documentazione dimessa in giudizio da entrambe le parti (produzione oltremodo utile perché non è chiaro se i documenti fossero stati restituiti, su sua richiesta, al concorrente dopo la conclusione della gara) il Collegio non ha tratto il convincimento che la ditta ricorrente abbia prodotto, in luogo del certificato richiesto, una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, quanto piuttosto, e lo rileva anche l'amministrazione nella memoria difensiva, una dichiarazione, pura e semplice, di conformità del documento (prodotto in fotocopia) all'originale in suo possesso.

Attestazione di conformità (della copia del documento all'originale) che non equivale alla dichiarazione di cui all'art. 47 del D.P.R. 445/2000 in quanto oltre a difettare dell'espressa menzione

T.A.R. per il Veneto – I Sezione**n.r.g. 1386/02**

della norma anzidetta e della qualificazione dell'atto (elementi che già appaiono di per sé essenziali per qualificare la dichiarazione) essa è priva anche del riferimento alle sanzioni penali previste dall'articolo 76 per le ipotesi di falsità in atti e dichiarazioni mendaci ivi indicate; elemento che l'art. 48 considera essenziale ed imprescindibile per conferire ai modelli predisposti dall'amministrazione valore di dichiarazione sostitutiva siccome atto di assunzione di responsabilità piena e consapevole della veridicità delle dichiarazioni e delle conseguenze (sia penali che amministrative) della loro falsità.

Né appare sufficiente, nell'atto l'impiego della formula "dichiara assumendosene la piena responsabilità", perché la norma che consente in via eccezionale al privato di formare attestazioni connotate da certezza legale privilegiata non richiede solo la generica assunzione di responsabilità in ordine alla verità delle affermazioni rese ma la piena accettazione delle conseguenze penali del mendacio, da parte del dichiarante: costui infatti, non solo deve risultare come autore della dichiarazione con le modalità dell'art. 38 ma deve essere pienamente consapevole delle conseguenze dell'eventuale accertamento della falsità di quanto dichiarato.

Né si può sostenere, atteso che anche la diligenza posta nell'adempimento è indice di buona fede, che nella specie il concorrente ignorasse o non fosse avvertito di tale necessità, sia perché in altra dichiarazione sostitutiva contestualmente prodotta (relativa all'assolvimento degli obblighi in materia di collocamento obbligatorio) ancorché parimenti carente sotto altri profili, egli ha

T.A.R. per il Veneto – I Sezione**n.r.g. 1386/02**

qualificato espressamente la dichiarazione come “dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà” sia perché sapeva, o doveva sapere, che il capitolato di gara prescriveva che i concorrenti utilizzassero preferibilmente lo schema di dichiarazione sostitutiva predisposta dall’amministrazione, che contiene tutti gli elementi che la legge (in particolare l’art. 48), considera necessari per distinguere un’autodichiarazione pura e semplice da una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, ai fini e per gli effetti che solo quest’ultima può esplicare.

Né il Collegio ritiene che il documento prodotto dalla ditta ricorrente possa essere qualificato come dichiarazione sostitutiva perché tale era verosimilmente l’intenzione del dichiarante, giacché nella specie non si tratta di stabilire se ci fosse o meno l’intenzione di utilizzare uno strumento alternativo alle prescrizioni tassative previste dal bando a pena di esclusione ma se -come il ricorrente sostiene allo scopo di legittimare la propria domanda di annullamento del bando e degli atti consequenziali- egli ha effettivamente utilizzato tale strumento correttamente, ponendosi nella condizione di non essere considerato inosservante della stessa norma di cui invoca l’applicazione.

E ancor meno si potrebbe prospettare una qualsiasi valutazione benevola del documento in funzione della sua regolarizzazione (cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 22 settembre 2003, n. 11532) posto che il rispetto del principio di par condicio impone ai concorrenti l’onere di adempiere con la massima diligenza alle prescrizioni

T.A.R. per il Veneto – I Sezione**n.r.g. 1386/02**

imposte dal bando ed esclude al contempo che l'amministrazione possa derogare dalle regole poste a pena di esclusione dalla gara, non disponendo essa di alcuna discrezionalità al riguardo (per l'applicazione del principio in caso analogo cfr. C.d.S. Sez. V4 febbraio 2004 n. 364; TAR Valle D'Aosta 17 marzo 2004 n. 29).

Né vale, infine, a qualificare correttamente la dichiarazione il fatto che essa sia stata prodotta osservando le modalità di cui all'art. 38 comma 3[^] (dichiarazione con sottoscrizione non autenticata ma accompagnata da un documento di identità) in quanto detta norma riguarda unicamente le modalità di presentazione, ed in particolare esonera dall'autentica della sottoscrizione del documento, ma non esclude che la dichiarazione sia resa in maniera completa e pienamente conforme alla tipologia legale.

Peraltro, nella specie la fotocopia del documento di identità del dichiarante è stata prodotta anche in funzione di altre dichiarazioni sostitutive, tra cui la domanda di partecipazione predisposta dall'amministrazione, per cui non c'è neppure certezza ma solo presunzione che essa sia collegata alla dichiarazione della cui validità si controverte.

Ne consegue, dunque, che anche se la clausola del bando fosse riconosciuta illegittima la ricorrente non ne trarrebbe alcun vantaggio in quanto non ha soddisfatto, diversamente da quanto sostiene, la prescrizione alternativa che essa stessa invoca in quanto equivalente alle modalità di certificazione ammesse dal bando.

Ne consegue altresì che l'esclusione dell'offerta della ditta

T.A.R. per il Veneto – I Sezione**n.r.g. 1386/02**

ricorrente è legittima e giustificata alla stregua delle norme di gara, avendo essa, come rilevato nel provvedimento di esclusione, omesso di produrre il documento richiesto espressamente dal bando a pena di esclusione.

Ciò posto e quantunque il ricorso possa essere deciso sulla base delle considerazioni già svolte il Collegio ritiene di dover rilevare che anche nel merito il motivo dedotto contro la clausola di esclusione appare destituito di fondamento in quanto, a differenza di ciò che sostiene la ricorrente, il mero fatto che la legge riconosca in generale, come modalità alternativa all'autentica delle copie, anche la dichiarazione sostitutiva di conformità cui all'art. 47, laddove ammessa, non ne implica l'equipollenza necessaria e non esclude, che l'amministrazione possa ritenere, in funzione di interessi prevalenti rispetto a quelli della mera semplificazione, non consentanea tale alternativa, quando la produzione del documento (in originale o copia autentica) non sia surrogabile, o tale non si ritenga motivatamente, con la dichiarazione di conformità all'originale resa nella forma alternativa della dichiarazione sostitutiva di notorietà.

Il Collegio dubita, infatti e per almeno due ragioni, senza peraltro escludere quella principalmente addotta dall'amministrazione, che nella specie sussistesse per quest'ultima l'obbligo di introdurre nel bando anche la possibilità di comprovare il possesso della certificazione di qualità UNI ISO 9000 mediante dichiarazione sostitutiva.

E ciò, innanzitutto perché l'art. 49 del D.P.R. 445/2000

T.A.R. per il Veneto – I Sezione**n.r.g. 1386/02**

stabilisce espressamente che “ i certificati medici, sanitari, veterinari, di origine, di conformità CE, di marchi o brevetti non possono essere sostituiti da altro documento, salvo diverse disposizioni della normativa di settore”, e quello in questione è, a giudizio del collegio un “certificato di conformità CE” che va fatto rientrare nella categoria dei documenti esclusi dall’autocertificazione.

In secondo luogo perché l’art. 19 del D.P.R. 445/2000, nel prevedere la modalità alternativa dell’autocertificazione sostitutiva si riferisce ad atti e documenti conservati o rilasciati da una pubblica amministrazione, mentre la certificazione di qualità è rilasciata da soggetto privato ancorché abilitato dalla legge, che non detiene l’originale ma rilascia l’unico attestato al richiedente, il quale solo può documentarne il possesso effettivo in sede di verifica.

Non sarebbe quindi determinante neanche l’ulteriore ragione dedotta dall’amministrazione nelle proprie difese, e cioè che nella specie la richiesta del documento in originale o copia autentica con esclusione di altre alternative rispondeva (e risponde) ad una ragione specifica e plausibile, quale quella di verificare, in capo ai concorrenti che avevano chiesto di beneficiare della cauzione ridotta, il sottostante requisito all’atto stesso dell’apertura delle buste, senza bisogno di alcun accertamento ulteriore, e ciò senza incidere sul principio di semplificazione fatto valere dalla ricorrente, posto che quest’ultima sarebbe stata tenuta a produrre comunque, su richiesta dell’amministrazione, al fine di comprovare il requisito dichiarato, l’originale o la copia autentica dell’attestato in questione essendone il

T.A.R. per il Veneto – I Sezione**n.r.g. 1386/02**

detentore esclusivo e, in quanto tale, il solo soggetto in grado di dimostrarne la sua esistenza e la sua autenticità.

Dunque anche la violazione del principio di proporzionalità, al quale la ricorrente si appella per sostenere che la pretesa della produzione del certificato “in originale o in copia autentica” avrebbe comportato un intollerabile aggravio della procedura, costituisce argomento sostanzialmente enfatizzato, giacché in concreto, per la certificazione UNI ISO 9000 e tutte le altre analoghe rilasciate da organismi certificatori privati, la prova del requisito sottostante postula sempre, in sede di verifica della regolarità della gara (ed indipendentemente da chi sia aggiudicatario in caso di metodo basato sulla media) che l’attestato venga prodotto prima dell’aggiudicazione definitiva, a cura del titolare nella sola forma in cui esso fa piena prova, ossia in originale o copia autentica.

Per tali motivi il ricorso va dichiarato inammissibile nella parte relativa all’impugnativa del bando di gara e infondato e respinto nella parte che concerne il provvedimento di esclusione dalla gara e di aggiudicazione ad altro concorrente, nonché quanto alla domanda risarcitoria.

Le spese e le competenze di causa meritano tuttavia di essere compensate tra le parti ravvisandosene giusti motivi.

P. Q. M.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sezione prima, in parte dichiara inammissibile in parte respinge il ricorso in epigrafe.

T.A.R. per il Veneto – I Sezione

n.r.g. 1386/02

Compensa tra le parti le spese e le competenze di causa.

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

Così deciso in Venezia, nella camera di consiglio del 15 luglio 2004.

Il Presidente f.f. estensore

Il Segretario

SENTENZA DEPOSITATA IN SEGRETERIA

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

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

Il Direttore della Prima Sezione