



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 453 del 2012, proposto da:

Campana Costruzioni Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Giuseppe Chinaglia, Davide Epicoco, con domicilio eletto presso Giuseppe Chinaglia in Mestre, via Filiasi, 61; Lussignoli Associati Societa' di Ingegneria Srl, Ubi Leasing Spa, rappresentati e difesi dagli avv. Davide Epicoco, Giuseppe Chinaglia, con domicilio eletto presso la segreteria del TAR ai sensi dell'articolo 25 c.p.a.;

***contro***

Comune di Sona, rappresentato e difeso dagli avv. Fausto Scappini, Antonio Sartori, con domicilio eletto presso Antonio Sartori in Venezia-Mestre, Calle del Sale, 33; Consorzio Cooperative Costruzioni - Ccc - Societa' Cooperativa, rappresentato e difeso dagli

avv. Nicola Creuso, Alessandro Calegari, con domicilio eletto presso la segreteria del TAR ai sensi dell'articolo 25 c.p.a.;

***nei confronti di***

Unicredit Leasing Spa;

***per l'annullamento***

del verbale di gara del 13.2.2012 per l'aggiudicazione dell'appalto per la progettazione e realizzazione di una scuola materna in Lugagnano di Sona in locazione finanziaria ai sensi dell'art. 160 bis del D.Lgs. 163/2006 e s.m.i.; nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Sona e di Consorzio Cooperative Costruzioni - Ccc - Società Cooperativa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2012 il dott. Silvia Coppari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. La società "Campana Costruzioni s.r.l.", odierna ricorrente, ha partecipato, quale mandataria della costituenda A.T.I. con le società

“Lussignoli Associati Società di Ingegneria s.r.l.” e “Ubi Leasing s.p.a.”, alla gara – da esperirsi mediante procedura ristretta e da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa – indetta dal Comune di Sona per l’affidamento dell’«appalto per la progettazione e realizzazione di una scuola materna in Lugagnano di Sona, in locazione finanziaria ai sensi dell’art. 160-bis del d.lgs. n. 163 del 2006».

2. Espone la ricorrente che, esaurite le operazioni di “prequalifica” (svoltesi nelle sedute riservate dell’8 e 14 luglio, del 5 agosto e del 14 settembre 2011), la stazione appaltante invitava cinque candidati a partecipare alla gara e che, entro il termine assegnato (23.1.2012), pervenivano unicamente le offerte della costituenda A.T.I. ricorrente e dell’A.T.I. “Consorzio Cooperative Costruzioni – CCC – Soc. Coop.” odierna controinteressata.

3. All’esito della seduta pubblica indetta per l’esame della documentazione amministrativa (contenuta nella busta “A”), la commissione di gara ammetteva l’A.T.I. controinteressata, riservandosi la decisione sull’A.T.I. ricorrente «una volta approfondite le questioni di incompletezza documentale/irregolarità rilevate».

4. Con verbale del 13.2.2012, la commissione di gara decideva di escludere il costituendo R.T.I. ricorrente sulla scorta di un duplice ordine di motivi. In primo luogo, per la mancanza «della copia autentica della procura speciale del sottoscrittore sig. Mario Usberti

nella sua qualità di procuratore del soggetto finanziatore UBI Leasing s.p.a. da allegare al documento “dichiarazione di impegno a costituirsi in R.T.I. presentata dall’offerente”»; allegazione asseritamente richiesta a pena di esclusione dall’art. 12 del disciplinare di gara.

4.1. In secondo luogo, per il fatto che il documento “dichiarazione di impegno a costituirsi in R.T.I.” in parola non conteneva «l’indicazione della misura percentuale corrispondente alla quota di partecipazione di ciascun componente al raggruppamento» alla esecuzione delle prestazioni, «limitandosi ad indicare la misura complessiva pari al 100%», nonostante tale specificazione fosse richiesta dall’«art. 37, commi 3 e 13, del d.lgs. n. 163 del 2006».

5. Avverso il citato provvedimento di esclusione la ricorrente ha proposto l’odierno gravame, articolando due distinti profili di doglianza.

5.1. Sotto il primo profilo, la ricorrente deduce la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall’art. 46, comma 1-bis, del d. lgs. n. 163 del 2006, nonché di quello secondo cui il responsabile del procedimento è tenuto ad invitare alla rettifica di eventuali irregolarità formali in base all’art. 6, comma 1, lett. b), della legge n. 241 del 1990, dal momento che la copia autentica della procura speciale era già nella disponibilità della stazione appaltante, «siccome prodotta dall’offerente in sede di “prequalifica”». Non vi sarebbe ragione, infatti, ad avviso della ricorrente, «per chiedere due

volte lo stesso documento», e ciò nemmeno in base agli artt. 11.2. e 12 del bando di gara, in quanto, sulla base del tenore letterale della formula utilizzata nel disciplinare di gara ai citati articoli, l'esclusione per una siffatta omissione avrebbe potuto giustificarsi esclusivamente nell'ipotesi in cui fosse «mutato, dopo la prequalifica, il soggetto sottoscrittore».

5.2. Sotto il secondo profilo, la ricorrente lamenta la violazione degli artt. 37, 46, 53 e 160-bis del d.lgs. n. 163 del 2006, nonché degli artt. 6 e 7 della legge n. 241 del 1990, oltre che il vizio di eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza e disparità di trattamento.

5.2.1. Ad avviso della ricorrente, infatti, la commissione di gara avrebbe ritenuto del tutto erroneamente che nella fattispecie concreta ricorresse un'«A.T.I. di tipo misto: orizzontale tra impresa costruttrice e progettista, e verticale tra questi due e l'istituto finanziatore», contestando che nel «subraggruppamento orizzontale tra impresa costruttrice e progettista non fosse specificata la percentuale dell'opera che ognuno andava ad eseguire», così come invece sarebbe stato richiesto dall'art. 37, commi 3 e 13, del d.lgs. n. 163 del 2006.

5.2.2. Secondo la ricorrente, invece, fra progettista ed impresa esecutrice si realizzerebbe senz'altro un raggruppamento verticale, osservando al riguardo come fra tali soggetti non sarebbe nemmeno necessaria la costituzione di alcuna A.T.I., potendo essere sufficiente la mera indicazione del progettista.

5.3. Inoltre, l'esclusione per la ragione in esame, sempre secondo la ricorrente, contrasterebbe, altresì, con il principio in base al quale l'integrazione ex lege del bando predisposto dalla stazione appaltante può operare solo con riferimento alle norme che abbiano natura inderogabile e imperativa. Al contrario, la disciplina di cui all'art. 37, commi 3 e 13, del d.lgs. n. 163 del 2006 si riferirebbe esclusivamente agli appalti di lavori, non potendo pertanto rivestire tale natura con riguardo alle ipotesi di «appalti di progettazione ed esecuzione di lavori».

6. Si sono costituiti in giudizio sia l'Amministrazione resistente (Comune di Sona), sia l'A.T.I. controinteressata, insistendo entrambe per il rigetto del ricorso, trattandosi di esclusione operata sulla base delle prescrizioni individuate dal bando di gara, in applicazione dei principi di completezza della dichiarazione e di par condicio dei concorrenti.

7. Il ricorso è fondato sotto entrambi i profili di censura.

8. In primo luogo, deve osservarsi che il provvedimento di estromissione impugnato si pone in contrasto con la regola concorsuale enunciata dal combinato disposto degli artt. 11.2. e 12 del bando di gara su cui, asseritamente, si fonda.

8.1. In particolare, l'art. 11.2. disciplinante le "Modalità di presentazione dell'offerta ed esclusioni" dispone in via generale, per quanto di interesse in ordine alla causa di esclusione rilevata dalla commissione di gara, che «la mancata osservanza delle modalità per

la compilazione e la presentazione delle offerte o la mancata trasmissione anche di uno solo dei documenti specificamente previsti, comportano l'esclusione dalla gara eccetto nel caso che si tratti di errori scusabili e/o irregolarità documentali di ordine puramente formale (esempio quelle concernenti il bollo, una firma su una pagina intermedia di un documento, ecc.), non determinanti sostanziali alterazioni del procedimento e tali da non incidere sul concreto rispetto della par condicio».

8.2. L'art. 12, con riferimento alla «dichiarazione di impegno di costituirsi in R.T.I. presentata dall'offerente» dispone altresì che essa deve essere «presentata e firmata congiuntamente da tutti gli operatori economici costituenti il Concorrente», mentre il terzo punto del “Nota Bene” posto in calce al medesimo articolo stabilisce che è necessaria la «procura speciale autenticata dei sottoscrittori, in caso di documento firmato da procuratore speciale».

8.3. Dalla formulazione delle suddette disposizioni emerge chiaramente che la lex specialis attribuisce alla stazione appaltante, per il caso di “mancata trasmissione” di uno “dei documenti specificamente previsti” che qui interessa, un potere discrezionale di valutazione in ordine al tipo di incidenza sul procedimento della riscontrata omissione e/o incompletezza della documentazione allegata all'offerta, consentendo l'integrazione documentale e/o il chiarimento necessario a superare la rilevata irregolarità tutte le volte che detta carenza non incida in forma sostanziale sul procedimento

selettivo alterando la par condicio dei concorrenti.

8.4. Orbene, considerato che la copia autentica della procura speciale in questione era già stata utilmente e validamente prodotta nella fase di prequalificazione della medesima gara, la richiesta di ri-allegazione di essa nella fase successiva dell'offerta deve ritenersi logicamente finalizzata alla verifica della permanenza di un requisito soggettivo il cui possesso è già stato richiesto e dimostrato ab initio.

8.5. Conseguentemente, la mancata ri-allegazione nella fase dell'offerta del medesimo documento già prodotto in quella preliminare di prequalificazione, tenuto conto dell'unicità del procedimento concorsuale in cui essa si è realizzata e della sua conseguente non incidenza sostanziale sul procedimento, non poteva costituire, proprio in base al disposto di cui all'art. 11.2. del bando di gara, sic et simpliciter una legittima causa di esclusione, determinando al contrario, in capo alla stazione appaltante, il sorgere dell'obbligo di esercizio dei propri poteri di verifica in ordine alla perdurante attualità della situazione giuridico-soggettiva già evidenziata dal concorrente nella fase di prequalifica.

8.6. La regola concorsuale sopra evidenziata (e non ottemperata dalla stazione appaltante nella fattispecie oggetto di giudizio) risulta peraltro conforme, oltre che all'irrinunciabile canone di correttezza dell'agire dell'Amministrazione, al principio del favor participationis, nel rispetto della par condicio dei concorrenti nella sua effettiva e reale portata sostanziale.

9. Quanto al secondo profilo di censura, deve rilevarsi che la gara di qua è finalizzata alla realizzazione e alla progettazione, in locazione finanziaria, di una scuola materna e che, coerentemente con l'oggetto dell'appalto, il costituendo raggruppamento ricorrente ha comunicato all'Amministrazione la volontà di parteciparvi con un raggruppamento verticale, con l'impegno di ciascun componente ad espletare il 100% dell'intera prestazione di propria competenza, essendovi una netta ripartizione di ruoli.

9.1. Tale configurazione del raggruppamento fra la componente relativa alla progettazione e quella della materiale esecuzione dell'opera risulta, peraltro, rispondente anche alla possibilità prevista dall'art. 53 del codice dei contratti pubblici, per gli operatori economici, di avvalersi, «mediante semplice indicazione», di progettisti qualificati nelle ipotesi di appalti aventi ad oggetto anche l'attività di progettazione, non venendo in considerazione, in tali ipotesi, l'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 49 del codice dei contratti pubblici (cfr. TAR Veneto, Sez. I, 9 luglio 2010, n. 2900).

9.2. Pertanto, secondo un principio prevalente in giurisprudenza e condiviso dal Collegio, dall'art. 37, comma 13, del d.lgs. n. 163 del 2006 non discende l'obbligo, per i componenti dell'A.T.I. costituenda per «l'esecuzione di un appalto integrato di progettazione e lavori», di specificare in anticipo le quote dei lavori ripartite tra i membri.

10. Alla luce delle considerazioni svolte, il ricorso deve essere accolto

con conseguente annullamento dell'atto impugnato e con tutti gli effetti da esso derivanti in ordine all'ammissione dell'ATI ricorrente alla gara.

11. Le oscillazioni giurisprudenziali sulle censure proposte giustificano la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere

Silvia Coppari, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/05/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)