



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 Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1181 del 2014, proposto da:
Brc S.p.A.-Recupero Edilizio e Restauro Conservativo e Tecnoedile
S.r.l., rappresentate e difese dagli avv.ti Giuseppe Inglese, Giovanni
Olivieri e Cristina Martilla, con domicilio eletto presso lo studio
dell'ultima in Torino, Via della Rocca, 45;

contro

Fondazione Teatro Marengo, in persona del legale rappresentante
pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Casavecchia
ed Anna Casavecchia, con domicilio eletto presso lo studio degli
stessi in Torino, Via Paolo Sacchi, 44;

nei confronti di

Bianchi Costruzioni S.a.s. di Bianchi Geom. Carlo & C., Bailo S.r.l.;

per l'annullamento

- della nota a mezzo fax 1/8/2014 con la quale la Fondazione Teatro

Marenco ha comunicato di aver escluso il costituendo r.t.i. tra le ricorrenti imprese BRC S.p.a. e Tecnoedile S.r.l. dalla procedura di appalto integrato per l'affidamento della "progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di restauro e adeguamento funzionale del Teatro Romualdo Marenco in Novi Ligure (AL)";

- dei verbali di gara;

- della nota a mezzo p.e.c. 22/8/2014 prot. n. 21 con la quale la Fondazione Teatro Marenco ha respinto l'istanza di riammissione alla gara 13/8/2014 recante altresì informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale ai sensi dell'art. 243-bis del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i.;

- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria dell'appalto al r.t.i. tra le Imprese Bianchi Costruzioni S.a.s. di Bianchi geom. Carlo & C. e Bailo S.r.l., risultante dalla graduatoria pubblicata dalla Fondazione Teatro Marenco sul proprio sito internet istituzionale;

- del non conosciuto provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto al predetto r.t.i., ove nel frattempo emanato;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente;

nonchè per l'accertamento e la declaratoria di nullità ed inefficacia e/o per la disapplicazione

delle clausole di cui ai punti 7.b.3, 7.b.4 e 7.b.5 del disciplinare di gara per contrasto con l'art. 46 comma 1 bis del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i.;

nonchè per l'accertamento e la declaratoria di inefficacia

del contratto di appalto che sia stato o che venisse eventualmente stipulato tra la Fondazione Teatro Marengo e il r.t.i. tra le imprese Bianchi Costruzioni S.a.s. di Bianchi geom. Carlo & C. e Bailo S.r.l..

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Fondazione Teatro Marengo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2014 il dott. Vincenzo Salamone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Con il ricorso si sostiene che con bando del 15 maggio 2014 la Fondazione Teatro Marengo di Novi Ligure ha indetto una procedura aperta di appalto integrato per l'affidamento della "progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di restauro e adeguamento funzionale del Teatro Romualdo Marengo in Novi Ligure (AL)", da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per il complessivo importo di € 3.758.778,60 dei quali € 92.619,16 (oltre IVA e Cassa Previdenziale) per spese di progettazione esecutiva e coordinamento della sicurezza in fase di progettazione.

All'art. 11.2 del bando e all'art. 2.4 del disciplinare sono stati stabiliti i

requisiti per i progettisti, tra i quali - l'espletamento di servizi di progettazione relativi alle classi e categorie indicate all'art. 3.9, per un importo globale pari all'importo stimato dei lavori da progettare (art. 267, comma 3, ultimo periodo, D.P.R. n. 207/2010), come indicati nella relativa tabella": Classe Id 1.795.087,11

Classe IIIa 151.682,37, Classe III b 479.395,70, Classe IIIe 379.575,43, Classe Ig 676.463,61

Con nota a mezzo fax del 1°/8/2014 la Fondazione ha comunicato di aver escluso dalla gara il costituendo r.t.i. tra le ricorrenti per non esser stata provata la dimostrazione del possesso dei requisiti del progettista relativamente alle classi IIIb e IIIc.

Con istanza 13 agosto 2014, recante preavviso di ricorso giurisdizionale ai sensi dell'art. 243-bis del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i., le ricorrenti hanno chiesto di essere riammesse alla selezione evidenziando che - per un mero errore nel confezionamento del plico di offerta - Consult Engineering S.n.c., in relazione alle classi di progettazione IIIa, IIIb e IIIc, ha dichiarato di aver espletato servizi per importi (€ 323.359,49 per "ristrutturazione dell'edificio "Casa della Giovane" sito in Piazza Santa Sabina, Genova" ed € 384.027,94 per "progettazione definitiva nell'ambito dei lavori di riqualificazione dell'ex Fonderia Bastanzetti da Urban Center" - inferiori a quelli effettivamente svolti, che invece ammontano a oltre 18 milioni di euro, sostanzialmente equiripartiti tra le suddette tre classi, contro una richiesta totale di poco più di un milione di euro.

Le ricorrenti, nella predetta istanza di riammissione (e che poi hanno fatto valere come motivi di censura nel ricorso introduttivo del giudizio), hanno altresì sottolineato che l'indicata insufficienza dichiarativa costituisce mera irregolarità, sanabile mediante l'esercizio del potere di soccorso di cui all'art. 46 comma 1 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i. e, pertanto, inidonea a comportare l'esclusione; che il disciplinare non reca espressa comminatoria di esclusione per insufficiente dichiarazione concernente l'esecuzione di servizi affini da parte dei progettisti indicati, segnatamente al punto 2.4; che l'art. 7 del disciplinare, sanzionando con l'esclusione ogni scostamento dalle richieste del disciplinare medesimo, dovrebbe ritenersi nullo per contrasto con l'art. 46 comma 1-bis del d.lgs. n. 163/2006 il quale consente alle stazioni appaltanti di disporre l'esclusione in casi tassativi, non ricorrenti nella fattispecie; che, in ogni caso, sarebbe ingiustificabile - alla stregua dei principi del favor admissionis, della concorrenza e dell'interpretazione sostanziale delle clausole degli atti di gara - l'impedire la partecipazione al r.t.i. tra le ricorrenti, avendo questo dimostrato di possedere requisiti assai superiori a quelli occorrenti per essere ammessi alla gara, anche per quanto riguarda i progettisti indicati per la progettazione esecutiva dell'opera.

Con nota a mezzo p.e.c. 22 agosto 2014 prot. n. 21/2014, la Fondazione ha respinto l'istanza di riammissione; inoltre, a seguito della seduta di gara del 29 settembre 2014 la Fondazione ha pubblicato sul proprio sito internet istituzionale la graduatoria

provvisoria finale dell'appalto, in base alla quale risulta essersi collocato al primo posto il r.t.i. tra le imprese Bianchi Costruzioni S.a.s. di Bianchi geom. Carlo & C. e Bailo.

L'Amministrazione resistente si è costituita in giudizio ed ha chiesto il rigetto del ricorso.

Il ricorso è infondato.

E' incontestato che, entro il termine per la presentazione delle offerte, l'ing. Bruzzone - progettista indicato dal RTI BRC - non ha né dichiarato né dimostrato di possedere nella misura richiesta (p 11.2 del bando) (par. 2.4, parte I, disciplinare) i requisiti di capacità speciale prescritti con riferimento ai servizi tecnici svolti in classe III b e III c (richiesti nella misura di € 479.395,70 per III b e di € 379.575,43 per III c).

Dalla disamina delle dichiarazioni dell'ing. Bruzzone, rese con riferimento a specifici importi e specifici servizi (ristrutturazione Casa della Giovane e progettazione definitiva lavori di riqualificazione ex Fonderia Bastianetti - Totale € 262.211,36 per III b, ed € 269.024,72), non si evince la sussistenza in capo al dichiarante di ulteriori e/o diversi servizi, utili ai fini della gara.

Pertanto le dichiarazioni sostitutive rese entro il termine di presentazione dell'offerta riguardano esclusivamente servizi di importo inferiore a quello richiesto.

Correttamente, pertanto, la stazione appaltante non ha rinvenuto nelle dichiarazioni e nella documentazione presentate un principio di

prova che dimostrasse in capo al dichiarante il possesso di requisiti ulteriori e, dunque, giustificasse l'esercizio d'ufficio del dovere di soccorso.

Dal combinato disposto degli artt. 38-45, 48, 67/2 lett. d); 74/4-5-6-7, 77/6 lett. d) del d.lgs. n. 163 del 2006 e degli artt. 6, 8/2 lett. s) e bb), 263-266 del d.p.r. n. 207 del 2010 si evince che i requisiti di capacità generale e speciale debbono essere non solo posseduti, ma altresì dichiarati nel rispetto del d.p.r. n. 445 del 2000, entro il termine utile per presentare l'offerta e ciò al fine di consentire alla stazione appaltante - che non è in possesso delle informazioni necessarie - uno svolgimento della "fase di ammissione" improntato a economicità, tempestività e correttezza (art. 2 d.lgs. 163/06).

Ciò impone ai concorrenti il rispetto di un dovere di attenzione nel confezionamento del plico e delle dichiarazioni.

In questa prospettiva, la legge di gara ha imposto la presentazione di dichiarazioni ex d.p.r. n. 445 del 2000 complete e quindi utili a dimostrare il requisito posseduto attraverso l'assunzione della responsabilità correlata (bando: par. 7.4; 11.1, 11.2, 14.a; disciplinare. par. 2. a.3, in relazione al capo 2.4).

L'incompletezza delle dichiarazioni, che si risolve in "mancata dichiarazione" o "insufficiente dichiarazione", coerentemente con le norme e le esigenze sopra richiamate, è stata espressamente e logicamente sanzionata con l'esclusione (disciplinare: par. .7 b), sub b.3), b.4; b.5).

A ciò va aggiunto che le clausole 7.b.3, 7.b.4 e 7.b.5 del disciplinare non possono essere ritenute nulle, essendo coerenti con le disposizioni di legge vigenti al momento dell'indizione della gara e non lesive del principio di proporzionalità.

L'art. 46/1-bis del codice, infatti, sanziona con la nullità clausole che introducono cause di esclusione ulteriori rispetto a quelle previste dal codice e, comunque, cause di esclusione illogiche, irrazionali, non improntate al principio di proporzionalità, dal momento che ai concorrenti può essere legittimamente richiesto di prestare una doverosa attenzione nella predisposizione delle dichiarazioni sui requisiti di ammissione.

Quanto al dovere di soccorso e/o di autotutela sollecitato dai concorrenti a seguito della comunicata esclusione, osserva il Collegio che la carenza che il concorrente ha inteso colmare con l'istanza di riammissione del 13-8-2014 non era emendabile a causa dell'originario e assoluto difetto di dichiarazione sostitutiva afferente i seguenti nuovi e diversi servizi, pur sostanzialmente posseduti da Consult Engineering s.n.c.

Ritiene il Collegio, infatti, che non di dichiarazione "parziale" si sia trattato ma, e ben diversamente, di dichiarazione "completa" sui requisiti spesi, ma, in radice "mancante", su quelli non dichiarati.

La nuova documentazione allegata all'istanza di riammissione del 13 agosto 2014 non poteva essere presa in considerazione in quanto preordinata a colmare una vera e propria lacuna e dunque non una

irregolarità, supportata da un principio di prova tempestivamente presentato, introducendo requisiti nuovi e diversi rispetto a quelli dichiarati e fatti valere per legittimare la partecipazione a gara.

La dichiarazione resa in ordine ad un requisito di capacità speciale in misura inferiore all'importo richiesto, anziché costituire principio di prova sul possesso del totale, commisurato dalla legge di gara alla prestazione da affidare, attesta l'insufficienza della capacità stessa.

Se la Fondazione avesse consentito al ricorrente e al suo progettista di integrare le dichiarazioni e i documenti nei termini e modalità da loro richiesti avrebbe concretizzato una inammissibile - ed espressamente esclusa dalla stessa l. n. 114 del 2014 - applicazione retroattiva dei principi da tale legge introdotti agli art. 38/2bis e 46/1ter d.lgs. n. 163 del 2006.

Il Consiglio di Stato (Adunanza plenaria 30 luglio 2014, n. 16), in relazione all'art. 38, ma con argomentazioni applicabili anche alle disposizioni che disciplinano i requisiti di capacità economico-finanziari e tecnico-professionali ha affermato i seguenti principi, che confermano la legittimità degli atti della Fondazione: “E’ stato, al riguardo, già chiarito (Ad. Plen. 16 ottobre 2013, n.23, 7 giugno 2012, n.21 e, da ultimo, n.9/2014) che la costruzione della disposizione contenuta nell’art.46, comma 1-bis, d.lgs. n.163/2006, che ha codificato il principio di tassatività delle cause di esclusione, impone una sua esegesi ed applicazione nel senso che la sanzione dell’esclusione dev’essere ritenuta operativa non solo nei casi in cui

sia stata espressamente prevista dallo stesso codice dei contratti pubblici, ma anche quale conseguenza dell'inosservanza di adempimenti doverosi stabiliti dallo stesso codice, ancorchè non espressamente a pena di esclusione. Un ulteriore corollario di tale principio dev'essere individuato nell'inserzione automatica, ai sensi dell'art.1339 c.c., della clausola espulsiva nel bando, là dove questo ometta di prevedere espressamente l'esclusione quale conseguenza dell'inosservanza di prescrizioni previste dal codice (Ad. Plen., n.9/2014). In coerenza e ad integrazione dei principi di diritto già enunciati da questa Adunanza Plenaria (con la citata decisione n.9 del 2014) si ritiene, quindi, di ribadire o di ulteriormente precisare che: a) la formulazione letterale dell'art.46, comma 1-bis, impone di applicare la sanzione dell'esclusione alla violazione della prescrizione del codice (contenuta nell'art.38, comma 2) relativa alla presentazione delle dichiarazioni attestanti l'assenza delle relative condizioni ostative (quand'anche queste fossero in concreto inesistenti); b) la sanzione espulsiva dev'essere applicata anche nelle ipotesi in cui la lex specialis di gara la preveda come conseguenza della sola assenza oggettiva dei requisiti di moralità (e non anche della loro omessa attestazione); c) in presenza di dichiarazioni radicalmente mancanti resta precluso all'Amministrazione l'uso del soccorso istruttorio (che si risolverebbe in una lesione del principio della par condicio). Alla stregua delle considerazioni appena svolte, si rileva che, per quanto ci si sforzi di offrire una lettura delle suddette

disposizioni (anche valorizzando la formulazione testuale delle previsioni del bando e del disciplinare di gara) che legittimi la sanzione dell'esclusione per i soli casi di difetto oggettivo dei requisiti di moralità prescritti dall'art.38 d.lgs. cit. (e non anche per le ipotesi di carenze nelle relative dichiarazioni sostitutive), l'esegesi dell'art.46, comma 1-bis d.lgs. cit. impone la diversa interpretazione della doverosità dell'esclusione nei casi di inosservanza dell'obbligo, codificato all'art.38, comma 2, d.lgs. cit., di produrre le dichiarazioni sostitutive. La portata univoca e generale del richiamo al "mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice", quale violazione che impone l'esclusione dei concorrenti inadempienti, non ammette, infatti, alcuna interpretazione riduttiva e vincola, anzi, l'interprete ad assegnare alla disposizione la più ampia latitudine precettiva, con la conseguenza che l'inosservanza dell'obbligo di attestazione previsto dal secondo comma dell'art.38 impone all'Amministrazione l'esclusione del concorrente che lo ha violato (secondo, si ripete, il regime normativo vigente al momento della definizione della procedura qui controversa)".

Ne deriva che l'esclusione disposta dalla Commissione nella seduta del 22 luglio 2014 e comunicata il successivo 1 agosto 2014 è legittima.

Il ricorso va pertanto, rigettato.

In relazione alla parziale novità delle questioni oggetto del giudizio, sussistono i giusti motivi per compensare interamente tra le parti

spese ed onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Compensa tra le parti spese ed onorari del giudizio.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente, Estensore

Savio Picone, Primo Referendario

Roberta Ravasio, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/12/2014

IL SEGRETARIO

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