

N. 00098/2009 REG.SEN.

N. 00040/2009 REG.RIC.



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 della Valle D'Aosta

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 40 del 2009, proposto da: G.R.M. Costruzioni S.r.l. in proprio e in qualita' di mandataria della costituenda A.T.I. con F1 Costruzioni S.r.l., Sapia costruzioni S.r.l. e Duclos S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Maria Paola Roulet, con domicilio eletto presso Segreteria T.A.R. Valle D'Aosta in Aosta, piazza Accademia S. Anselmo, 2;

contro

Regione Valle D'Aosta, rappresentata e difesa dall'avv. Gianni Maria Saracco, con domicilio eletto presso Dipartimento Legislativo e Legale R.A.V.A in Aosta, piazza Deffeyes, 1;

nei confronti di

Preve Costruzioni S.p.A.;

per l'annullamento

- del verbale di gara del giorno 1 aprile 2009 relativo all'apertura della documentazione amministrativa della procedura aperta per l'affidamento dei lavori di sistemazione idraulico forestale del torrente Saint-Barthelemy, in loc. Gola di Faverge, in comune di Nus, prot. 6380/OP, con il quale la stazione appaltante ha ritenuto di escludere la ricorrente "in quanto l'impresa Sapia Benedetto Costruzioni s.r.l. non ha presentato l'attestazione SOA";
- della comunicazione, ove rivestente natura provvedimento, del 2 aprile 2009 con la quale la stazione appaltante ha comunicato l'esclusione della ricorrente dalla procedura di gara per l'affidamento dei lavori di sistemazione idraulico forestale del torrente Saint-Barthelemy, in loc. Gola di Faverge, in comune di Nus;
- del bando di gara e del disciplinare di gara relativo ai lavori di sistemazione idraulico forestale del torrente Saint-Barthelemy, in loc. Gola di Faverge, laddove gli stessi disciplinano l'apertura della documentazione presentata dagli operatori economici concorrenti, con riferimento in particolare all'art. 3.7 del disciplinare di gara e nei termini indicati in atto;
- per quanto ritenuto, dell'atto amministrativo/provvedimento dirigenziale con il quale sono stati approvati il bando e il disciplinare di gara concernenti i lavori di sistemazione idraulico forestale del torrente Saint-Barthelemy, in loc. Gola di Faverge;
- della comunicazione del 2 marzo 2009 prot. 3862/op con la quale la stazione appaltante ha prorogato la data di scadenza delle offerte e ha comunicato l'apertura delle offerte economiche per il giorno 1 aprile 2009;

- della comunicazione del 29 aprile 2009 prot. 8620/op, con la quale la Regione ha rigettato l'istanza di riammissione della ricorrente;
- di ogni altro atto agli stessi preordinato, preparatorio, propedeutico, consequenziale o comunque connesso, nonché per la condanna della Regione autonoma della Valle d'Aosta al risarcimento dei danni conseguenti, da effettuarsi anche per equivalente pecuniario che risulterà di giustizia, se impossibile in forma specifica.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Regione Valle D'Aosta;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 novembre 2009 il cons. Silvio Ignazio Silvestri e uditi per le parti gli avvocati: Maria Paola Roulet per la società ricorrente e Gianni Maria Saracco per la Regione resistente.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La società GRM Costruzioni S.r.l., capogruppo di una costituenda ATI, ha partecipato ad una gara bandita dalla Regione autonoma Valle d'Aosta per l'aggiudicazione dei lavori di sistemazione idraulico forestale del torrente Saint-Barthelemy, in loc. Gola di Faverge, in comune di Nus, per un importo a base d'asta di € 3.900.000; il criterio di aggiudicazione indicato nella lex specialis era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 25 della legge regionale n. 12/1996.

La scadenza prevista per la presentazione delle offerte veniva indicata per il giorno 12 marzo 2009 mentre, ai sensi dell'articolo 3.7 del disciplinare di gara, la prima data della prima seduta pubblica era prevista per il 18 marzo 2009 alle ore nove.

Senonché, la ricorrente lamenta che, in data 2 marzo la stazione appaltante posponeva la data di scadenza delle offerte dal 12 al 27 marzo, senza comunicare la data della prima seduta pubblica; invero la comunicazione del 2 marzo prevedeva che *"l'apertura delle offerte economiche avrà luogo il 1 aprile 2009 presso una saletta dell'assessorato"*.

Invece, in tale ultima data, la stazione appaltante apriva in seduta pubblica la documentazione amministrativa dei candidati ed escludeva il raggruppamento della ricorrente in quanto non era stato allegato l'attestato Soa dell'impresa mandante Sapia.

Una volta conosciuta tale esclusione, GRM faceva presente la violazione dei principi di trasparenza delle gare e chiedeva la riammissione alla gara ma l'istanza veniva rigettata.

Avverso tutti questi atti, meglio descritti in epigrafe, GRM costruzioni propone ricorso deducendo le seguenti censure.

1) violazione dei principi di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa, con riferimento all'articolo 97 Costituzione, all'articolo 2 del DLgs 163/2006, all'articolo 1 della legge 241/1990, all'articolo 2 della direttiva CE 2004/18 del 31 marzo 2004, alla legge regionale 19/2007, a quanto disposto dalla Corte di giustizia 7 dicembre 2000 C-324/1998, 3 dicembre 2001, C-59/2000, laddove la stazione appaltante non ha reso

noto la data e l'ora della prima seduta pubblica; violazione del principio di proporzionalità, non discriminazione, favor participationis e della massima concorrenza, ingiustizia manifesta, eccesso di potere.

La comunicazione del 2 marzo 2009 indicava la sola data di apertura delle offerte economiche senza precisare l'ora della stessa; tale comunicazione nulla precisava in merito all'apertura della busta A contenente la documentazione amministrativa; la circostanza violerebbe le disposizioni citate in rubrica.

2) ulteriore violazione dei principi di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa, con riferimento all'articolo 97 Costituzione, all'articolo 2 del DLgs 163/2006, all'articolo 1 della legge 241/1990, all'articolo 2 della direttiva CE 2004/18 del 31 marzo 2004, alla legge regionale 19/2007, a quanto disposto dalla Corte di giustizia 7 dicembre 2000 C-324/1998, 3 dicembre 2001, C-59/2000, laddove la stazione appaltante ha previsto nella lex specialis, in particolare all'articolo 3.7 del disciplinare di gara che l'apertura della documentazione tecnica, busta B, deve avvenire in seduta riservata e non in seduta pubblica; violazione del principio di proporzionalità, non discriminazione, favor participationis e della massima concorrenza, ingiustizia manifesta, eccesso di potere.

La lex specialis di gara disponeva all'articolo 3.7 che l'apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica avrebbe dovuto avvenire in seduta riservata e non in seduta pubblica; tale modus operandi contrasterebbe con quanto previsto nei principi enunciati in materia di trasparenza e pubblicità e con i più recenti orientamenti giurisprudenziali, secondo cui la rottura dei sigilli

della busta contenente la documentazione tecnica deve avvenire in seduta pubblica e solo la valutazione del suo contenuto deve essere effettuata in seduta riservata.

3) violazione del principio di proporzionalità e non discriminazione, del favor participationis e della massima concorrenza; eccesso di potere per errore dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione; ingiustizia manifesta e violazione dei canoni di ragionevolezza e buon andamento con riguardo al dovere di soccorso di cui all'articolo 46 del DLgs 163/2006.

La ricorrente fa presente che la lex specialis disponeva l'obbligo, in via alternativa, della produzione dell'attestato Soa o di una dichiarazione sostitutiva dell'attestazione stessa; pur non avendo prodotto l'attestato, con riferimento al possesso dei requisiti speciali, la documentazione prodotta renderebbe chiaro che l'impresa Sapia aveva comunque tutti i requisiti per concorrere alla gara e tale documentazione costituirebbe a tutti gli effetti dichiarazione sostitutiva ex d.p.r. 445/2000.

Pertanto, ai sensi dell'articolo 46 del DLgs 163/2006 l'amministrazione avrebbe tutt'al più dovuto invitare la capogruppo a fornire i chiarimenti necessari in ordine al contenuto dei certificati e delle dichiarazioni presentate.

L'amministrazione regionale si è costituita in giudizio controdeducendo puntualmente e chiedendo una pronuncia di rigetto; in via preliminare la Regione ha eccepito la irricevibilità del ricorso per tardività della notifica.

All'udienza pubblica del 11 novembre 2009 le parti hanno insistito nelle rispettive richieste ed il ricorso è stato spedito in decisione.

DIRITTO

La società GRM costruzioni S.r.l., capogruppo di una costituenda ATI, impugna l'atto con cui è stata esclusa dalla gara bandita dalla regione Valle d'Aosta in quanto una delle mandanti, Sapia costruzioni S.r.l., non ha prodotto l'attestazione Soa.

La Regione ha eccepito in via preliminare la tardività del ricorso in quanto l'atto impugnato sarebbe stato conosciuto il 2 marzo (come ammesso dalla stessa ricorrente) mentre il ricorso è stato notificato in data 4 giugno e perciò oltre il termine di legge che sarebbe scaduto il 1° giugno.

L'eccezione è destituita di fondamento: occorre richiamare la sentenza n. 477 del 2002 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 149 cod. proc. civ. e dell'art. 4, comma terzo, della legge 20 novembre 1982, n. 890 (Notificazioni di atti a mezzo posta e di comunicazioni a mezzo posta connesse con la notificazione di atti giudiziari), in materia di notificazioni a mezzo del servizio postale, nella parte in cui prevedeva che la notificazione si perfezionasse, per il notificante, alla data di ricezione tramite posta dell'atto da parte del destinatario, anziché a quella, antecedente, di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario.

Per effetto di tale sentenza (e di altre precedenti) risulta ormai presente nell'ordinamento il principio secondo il quale il momento in cui la notifica si deve considerare perfezionata per il notificante è quello della consegna

dell'atto all'ufficiale giudiziario incaricato della notifica, a prescindere dalla modalità e dal momento con quale la notifica verrà poi effettuata (Corte costituzionale, 23 gennaio 2004, n. 28).

Nel caso di specie il ricorso è stato portato alla notifica il 27 maggio perciò, pur essendo stato notificato a mani dell'amministrazione solo il 4 giugno, risulta tempestivo e deve perciò essere esaminato nel merito.

Con il primo motivo la società ricorrente rileva che la scadenza prevista per la presentazione delle offerte veniva indicata per il giorno 12 marzo 2009; il disciplinare di gara (articolo 3.7) indicava quale prima data della prima seduta pubblica il 18 marzo 2009 alle ore nove e disponeva che, "conclusi i lavori della commissione giudicatrice, l'ufficio appalti comunicherà alle imprese ammesse... il luogo e la data di apertura delle offerte economiche".

In data 2 marzo la stazione appaltante posponeva la data di scadenza delle offerte dal 12 al 27 marzo ma la stessa comunicazione non indicava la data e l'ora della prima seduta pubblica, infatti la comunicazione prevedeva: "l'apertura delle *offerte economiche* avrà luogo il 1 aprile 2009 presso una saletta dell'assessorato".

Invece il 1° aprile la stazione appaltante apriva in seduta pubblica la documentazione amministrativa ed escludeva il raggruppamento della ricorrente; l'esclusione veniva confermata nonostante l'istanza di riammissione presentata dalla interessata che aveva fatto presente la violazione dei principi di trasparenza pubblicità e imparzialità delle gare pubbliche.

La censura è infondata in quanto la comunicazione che l'apertura delle offerte economiche (anziché della documentazione amministrativa) sarebbe avvenuta il 1 aprile era un evidente errore materiale perciò poteva e doveva intendersi come comunicazione della data in cui sarebbe avvenuta l'apertura della documentazione amministrativa presentata dai partecipanti alla gara.

Giova in proposito ricordare che la procedura fissata dal disciplinare prevedeva una prima seduta pubblica in cui il seggio di gara avrebbe dovuto procedere all'apertura del plico esterno e alla verifica dei requisiti richiesti per le tre buste contenenti la documentazione amministrativa (busta A) l'offerta economica (busta B) e la documentazione tecnica (busta C); in tale prima seduta il seggio avrebbe dovuto materialmente procedere all'apertura della busta A e alla verifica dei documenti ivi contenuti e trasmettere alla commissione giudicatrice la busta C.

Solo dopo l'esame della documentazione contenuta nella busta C, l'ufficio avrebbe dovuto inviare alle sole imprese ammesse l'indicazione della seduta pubblica in cui si sarebbe proceduto all'apertura delle buste contenenti l'offerta economica.

Dalla lettura di tali previsioni (che non sono state in alcun modo modificate dalla comunicazione del 2 marzo), risulta evidente che l'apertura dell'offerta economica per la data del 1 aprile 2009, a fronte della presentazione della relativa documentazione pochi giorni prima (27 marzo) non era compatibile con la complessa procedura che avrebbe dovuto essere seguita per giungere, realmente, al momento dell'apertura

dell'offerta economica; perciò l'unico significato plausibile era che in data 1 aprile 2009 sarebbe stata aperta la documentazione amministrativa e non l'offerta economica.

D'altronde, come pure rilevato nella memoria della amministrazione regionale, il plico inviato dalla GRM costruzioni presenta la seguente dicitura "*offerta per la gara di appalto del giorno 1 aprile 2009*"; tale dicitura conferma che la stessa ricorrente era perfettamente consapevole che nella seduta del 1° aprile sarebbe iniziata la fase dell'esame delle domande mediante l'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa.

La ricorrente sostiene poi, con la terza censura, che la motivazione utilizzata dall'amministrazione per escluderla dalla gara (mancata presentazione della attestazione Soa da parte della mandante Sapia) sarebbe comunque illegittima perché la stessa *lex specialis* consentiva come documentazione alternativa all'attestazione una dichiarazione sostitutiva dell'attestazione stessa; in concreto, la documentazione prodotta in sede di gara con le formalità dell'autodichiarazione (doc. 6, 7 e 8 depositati in ricorso) rendeva chiaro che l'impresa Sapia aveva tutti i requisiti per concorrere alla gara ed in particolare l'attestazione richiesta. Conseguentemente la stazione appaltante avrebbe dovuto invitare l'interessata a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati presentati, ai sensi dell'articolo 46 del DLgs n. 163/2006.

Senonché, dalla documentazione invocata dalla ricorrente, contenente autocertificazioni e dichiarazioni richiesti ai fini dell'ammissione alla gara,

risulta, a tutto voler concedere, che l'impresa Sapia aveva i requisiti per poter ottenere l'attestazione Soa ma continua a mancare sia l'attestazione sia una espressa autodichiarazione circa il suo possesso da parte della società; manca poi, evidentemente, l'indicazione del numero dell'attestazione oltre che la data di emissione e scadenza, tutti elementi richiesti espressamente dalle norme di gara.

Conseguentemente è mancata tra i documenti prodotti dalla ricorrente l'attestazione del possesso del certificato Soa da parte dell'impresa Sapia; tale circostanza rende impossibile il ricorso all'articolo 46 del DLgs n. 163/2006 invocato dalla ricorrente, che è pacificamente ammesso solo per precisare il contenuto di documentazione in possesso della stazione appaltante prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte e non nel caso di dichiarazioni o documentazioni totalmente omesse, come nell'ipotesi in esame (tra tante Cons. St. sez. V, 17 settembre 2008 n. 4397).

Sono dunque infondate e vanno rigettate entrambe le censure dedotte dalla ricorrente avverso la sua esclusione.

Peraltro, con un altro motivo (il secondo) si deduce l'illegittimità del disciplinare di gara nella parte in cui dispone, all'articolo 3.7, che l'apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica da parte della commissione giudicatrice avrebbe dovuto avvenire in seduta riservata.

Invece, secondo la ricorrente, in applicazione dei principi di trasparenza e pubblicità delle gare, la rottura dei sigilli della busta contenente la documentazione tecnica avrebbe dovuto avvenire in seduta pubblica e

solo la valutazione del suo contenuto avrebbe dovuto essere effettuata in seduta riservata.

La censura è inammissibile per mancanza di interesse in capo alla ricorrente, ciò perché non ha dedotto un vizio del procedimento, ma di una clausola del bando, con la conseguenza che, se il motivo fosse accolto, si dovrebbe annullare quella clausola ma non l'intera procedura; che poteva svolgersi comunque in modo legittimo, sol che la Commissione avesse disapplicato il disposto in contestazione, aprendo le buste in seduta pubblica.

L'interesse strumentale che il concorrente escluso dalla gara può far valere presuppone invece che l'accoglimento della censura comporti necessariamente l'annullamento di tutta la gara, al fine di ottenerne la ripetizione.

D'altronde, se in concreto le buste fossero state aperte senza rispettare il criterio di pubblicità invocato dal ricorrente, tale vizio specifico avrebbe dovuto essere dedotto espressamente, eventualmente con motivi aggiunti, al fine di ottenere appunto l'annullamento dell'intera procedura.

Non è stato invece neppure prospettato che, in fatto, le buste contenenti la documentazione tecnica siano state aperte in seduta riservata; vizio che, secondo la tesi della ricorrente, avrebbe invalidato la procedura e comportato l'annullamento della gara.

L'infondatezza di tutte le censure comporta la reiezione anche della domanda risarcitoria.

In definitiva il ricorso dovrà essere rigettato; le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo a favore dell'amministrazione regionale.

P.Q.M.

respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese di giudizio a favore della regione Valle d'Aosta che liquida in complessive di € 3000,00 (tremila,00).

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

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Paolo Turco, Presidente

Maddalena Filippi, Consigliere

Silvio Ignazio Silvestri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/12/2009

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

IL SEGRETARIO