



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 la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 509 del 2010, proposto da:

Proger Spa, Proger Spa Mandataria Costituenda Ati, Synesis Spa, Manens Tifs Spa, Systematica Spa, Fabio Casiroli, Luca Gonzo, Laura Migliore, Enzo Iacopini, Francesco Meloni, rappresentati e difesi dagli avv. Corinna Fedeli, Stefano Vinti, Giovanni Olivieri, con domicilio eletto presso Giovanni Olivieri in Genova, via Porta D'Archi 3;

contro

Infrastrutture Liguria Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Luigi Cocchi, Gerolamo Taccogna, con domicilio eletto presso Luigi Cocchi in Genova, via Macaggi 21/5 - 8;

nei confronti di

Politecnica Ingegneria ed Architettura Soc. Coop. Rl, rappresentato e difeso dagli avv. Costanzo Frattin, Andrea Barra, con domicilio eletto presso Andrea Barra in Genova, via Macaggi, 21/5; Fabrizio Gemmi;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Comune di La Spezia (In Ad Opp.), rappresentato e difeso dagli avv. Stefano Carrabba, Ettore Furia, Marcello Puliga, con domicilio eletto presso Stefano Carrabba in Genova, c/o Segr. T.A.R. Liguria; Comitato Per L'Ospedale del Felettino (Int. Ad Opp.), rappresentato e difeso dall'avv. Giulio Bertagna, con domicilio eletto presso Giulio Bertagna in Genova, c/o Segreteria T.A.R. Liguria;

per l'annullamento

provvedimento avente ad oggetto gara con procedura ristretta per l'affidamento dei servizi di progettazione per la realizzazione del nuovo ospedale di la spezia - fase di offerta - verbale di gara..

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Infrastrutture Liguria Srl e di Politecnica Ingegneria ed Architettura Soc. Coop. Rl;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Politecnica-Ingegneria e Architettura Scrl (Ric. Inc), rappresentato e difeso dagli avv. Costanzo Frattin, Andrea Barra, con domicilio eletto presso Andrea Barra in Genova, via Macaggi, 21/5;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 ottobre 2010 il dott. Davide Ponte e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il gravame introduttivo del giudizio la società ricorrente esponeva di aver partecipato alla procedura di gara in oggetto, concernente l'affidamento dei servizi di progettazione per la realizzazione del nuovo ospedale di La

Spezia; all'esito della fase di verifica venivano ammesse 15 offerte. In seguito alla disamina delle offerte tecniche e di quelle economiche veniva stilata la graduatoria finale con al primo posto collocata l'offerta della odierna controinteressata (punteggio complessivo 93,61 – 70 tecnica 23 ,61 economica) ed al secondo quella della ricorrente (punteggio complessivo 89,16 – 65,86 tecnica 23,3 economica). All'esito dell'accesso agli atti dell'offerta vincitrice emergevano una serie di cause di esclusione della stessa.

Avverso gli atti impugnati si muovevano pertanto le seguenti censure:

- violazione degli artt. 38 d.lgs. 163\2006 e 3 del bando, disparità di trattamento, per mancanza della dichiarazione ex art. 38 lett m), m ter) e dell'indicazione dei nominativi delle persone rilevanti ex art. 38 stesso;
- violazione degli artt. 46 d.lgs. 163 cit., 46 e 71 dPR 445\2000, 7 l. 241\1990, irragionevolezza e disparità di trattamento, avendo la stazione appaltante richiesto inammissibili precisazioni ed integrazioni alla aggiudicataria;
- illegittimità delle dichiarazioni sostitutive per mancanza di data, documento scaduto e mancanza di riferimento a soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente;
- mancato rispetto di quanto dettato dagli artt. 37 d.lgs. 163\2006 e III.3.2 e 3 del bando e 4 del disciplinare del bando.

Venivano altresì formulate domande risarcitorie.

L'amministrazione intimata e l'impresa controinteressata, costituitisi in giudizio, chiedevano la declaratoria di tardività il rigetto del gravame. Parte controinteressata formulava altresì ricorso incidentale teso a dedurre vizi concernenti l'offerta della stessa parte ricorrente che ne avrebbero imposto, per ragioni analoghe alla aggiudicataria, l'esclusione. In particolare veniva censurata la violazione della lex specialis in quanto nessuno dei componenti il gruppo di progettazione appartiene al novero di professionisti di cui la

ricorrente ha dichiarato la disponibilità, nonché violazione dell'art. 38 cit e 46 DPR 445\2000 per mancata sottoscrizione dei soggetti cui la dichiarazione di assenza di cause di esclusione si riferiva, nonché per mancanza della dichiarazione ex art. 38 lett m quater).

Con ordinanza n. 192 del 2010 questo Tar accoglieva la domanda cautelare proposta e per l'effetto fissava l'udienza di discussione e sospendeva l'esecuzione del provvedimento impugnato.

Nelle more proponevano intervento ad opponendum il Comune di La Spezia ed un comitato di cittadini.

Alla pubblica udienza dell'1\10\2010 la causa passava in decisione.

DIRITTO

In via preliminare, parte resistente eccepisce la tardività del ricorso sulla scorta del mancato rispetto del termine abbreviato a trenta giorni per la proposizione del ricorso, introdotto dal d.lgs. 53 del 2010, entrato in vigore in data 27 aprile 2010.

L'eccezione non può essere accolta.

Nel caso di specie il ricorso risulta essere stato proposto con la notifica del gravame in data 7\6\2010 avverso un provvedimento adottato e conosciuto in data 16\4\2010. A fronte del diverso regime processuale vigente nei due diversi momenti (termine per impugnare rispettivamente di 60 e 30 giorni) occorre, nell'attuale fase di diritto transitorio ed in assenza nell'ambito della nuova disciplina di cui al d.lgs. 53 cit. di una specifica disciplina di dettaglio sul punto, privilegiare un'interpretazione conforme ai superiori principi di ragionevolezza; pertanto, se per un verso va seguita l'opzione ermeneutica, fatta propria anche dal successivo codice del processo amministrativo nel quale sono confluite le stesse norme attuative della direttiva ricorsi, a tenore della quale i termini in corso alla data di entrata in vigore proseguono

secondo la previgente disciplina, per un altro verso sussistono gli elementi di incertezza, derivanti dalla novità ed incompletezza delle previsioni normative, tali da accogliere l'istanza di riconoscimento dell'errore scusabile.

Parimenti in via preliminare va esaminata l'eccezione di inammissibilità degli interventi ad opponendum proposti rispettivamente da un comitato di cittadini e dal Comune di La Spezia.

In generale, costituisce principio consolidato quello a tenore del quale l'intervento nel processo amministrativo è ammissibile solo se finalizzato alla difesa di un interesse derivato o dipendente da quello della parte principale. In proposito, il fine che persegue colui che propone un intervento è sostenere le ragioni del ricorrente, o del resistente, in quanto titolare di un interesse di fatto dipendente da quello azionato in via principale o ad esso accessorio ovvero di quello sotteso al mantenimento dei provvedimenti impugnati, che gli consente di ritrarre un vantaggio indiretto e riflesso dall'accoglimento o dal rigetto del ricorso.

Parimenti in generale, come noto, dalla facoltà di intervento nel procedimento amministrativo dei soggetti "portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento" non scaturisce automaticamente la legittimazione processuale di tutti i soggetti portatori di interessi collettivi che abbiano in concreto partecipato al procedimento, restando rimesso all'autorità giudiziaria il compito di verificare nel singolo caso se il soggetto interveniente abbia effettiva legittimazione processuale in quanto portatore di un interesse differenziato e qualificato; in linea particolare il suddetto principio vale a fronte della facoltà astratta riconosciuta ai soggetti individuati dall'art. 9 l. n. 241 del 1990, cosicché nell'ipotesi di concreta ed attiva partecipazione è ben possibile verificare la sussistenza di un interesse differenziato, quantomeno

sotto i profili concretamente evidenziati ovvero attinenti alle modalità di partecipazione e, in tal caso quindi, la verifica in merito alla sussistenza di un interesse si sposta sulle singole censure e sulla riferibilità o meno ai predetti profili.

Nel caso de quo se per un verso il comitato non ha ovviamente partecipato al procedimento di gara per l'affidamento della progettazione in oggetto, per un altro verso non sussiste alcuna correlazione tra l'asserito obiettivo perseguito, di realizzazione di un ospedale, ed il fatto che l'attività di progettazione sia affidata ad un concorrente piuttosto che all'altro, atteso che oggetto di impugnativa è l'aggiudicazione alla prima classificata da parte della seconda che, in caso di accoglimento del gravame, otterrebbe l'aggiudicazione senza incidere sugli atti posti a monte ad avvio del percorso auspicato dal comitato. Le stesse considerazioni rendono parimenti carente di legittimazione ad intervenire il Comune di La Spezia.

Passando all'esame delle censure proposte, sempre in via preliminare, va fatta applicazione del principio già espresso a tenore del quale, pur se in generale la cognizione dei motivi di ricorso incidentale ad effetti paralizzanti assume rilievo preliminare, l'infondatezza nel merito delle doglianze dedotte in via principale dal soggetto ricorrente esime il giudice amministrativo dalla verifica delle censure dedotte dai controinteressati in via incidentale (cfr. ad es. T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 6 aprile 2009 , n. 615).

Nel caso di specie il ricorso principale non è suscettibile di accoglimento.

Con il primo ordine di rilievi parte ricorrente contesta la mancata esclusione dell'offerta aggiudicataria per violazione della disciplina di legge e di cui alla lex specialis per mancanza della dichiarazione ex art. 38 lett m), m ter) d.lgs. 163 cit. e dell'indicazione dei nominativi delle persone rilevanti ex art. 38 stesso.

Occorre prendere le mosse dall'art. 38 cit., il quale, dopo aver dettato che “sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, nè possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti” che si trovino in una serie di situazioni individuate dalla norma, prevede che il possesso di tali requisiti possa essere attestato mediante dichiarazione.

In generale, va ribadito che la ratio della normativa di cui all'art. 38 risiede nella esigenza di verificare la affidabilità complessivamente considerata dell'operatore economico che andrà a contrattare con la p.a. per evitare, a tutela del buon andamento dell'azione amministrativa, che quest'ultima entri in contatto con soggetti privi di affidabilità morale e professionale (cfr. ad es. Tar Liguria 962\2010).

Le singole *lex specialis* dettano regole di specificazione di tale onere che, se da un lato assumono il valore di vincolo per la stessa stazione appaltante e per gli aspiranti partecipanti, dall'altro devono sottostare agli ordinari criteri della chiarezza di redazione e della ragionevolezza di applicazione. Nel caso di specie le contestazioni riguardano non tanto la sussistenza dei requisiti quanto la correttezza formale della dichiarazione resa: in particolare si contesta la mancata indicazione di alcune lettere (m ed m ter) di requisiti ex art. 38, nonché la mancata indicazione dei nominativi delle persone fisiche rilevanti ex art. 38, nei termini richiesti e consentiti dalla *lex specialis*.

Orbene, sotto il primo profilo, anche a voler prescindere dalla rilevanza del dato formale del mancato richiamo di tutto il lungo elenco delle cause previste ex lege, il comportamento contestato è comunque imputabile alla non completa formulazione dei moduli allegati alla *lex specialis*, i quali non risultavano adeguati alle sopravvenienze normative che hanno aggiunto le lettere m ter) ed m quater); conseguentemente in tale contesto è doveroso

per la stazione appaltante attribuire primario rilievo al principio del favor participationis, preminente a fronte di cause generali di esclusione e di un dato letterale del bando o del disciplinare fonte di possibili dubbi applicativi od interpretativi sul punto.

Sotto il secondo profilo, l'analisi della documentazione versata in atti, dalla lex specialis alla domanda di partecipazione presentata dalla odierna aggiudicataria, condotta sulla scorta di una visione più ampia rispetto al mero formalismo fine a sé stesso, emerge l'infondatezza delle rispettive tesi difensive. Infatti, la parte aggiudicataria risulta aver prima indicato compiutamente i soggetti dotati di poteri di rappresentanza (sub doc n. 4 cfr. pag 4 s.) e, quindi, allegato le dichiarazioni sostitutive dei medesimi soggetti nonché dell'altro soggetto qualificato quale amministratore cessato dalla carica nel triennio. Conseguentemente, risulta rispettato il fine della norma nonché della lex specialis, cioè consentire alla stazione appaltante di individuare tali soggetti e di acquisire la dichiarazione in ordine alla sussistenza dei relativi requisiti.

Le considerazioni sin qui svolte impongono di superare altresì il secondo ordine di rilievi, con cui parte ricorrente contesta la richiesta di chiarimenti formulata dalla stazione appaltante alla odierna controinteressata. Infatti, a fronte del dato della lex specialis e della documentazione allegata alla domanda, appare ragionevole il comportamento con cui la stazione appaltante, in caso di dichiarazione attestante i requisiti e di mancanza di un elemento formale, asseritamente richiesto in base ad una lettura più rigorosa del bando ma comunque relativo ai medesimi requisiti già dichiarati, invece di escludere la domanda proceda a chiedere chiarimenti integrativi. In proposito, va ribadito che solo l'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione può considerarsi alla stregua di

un'irregolarità insanabile e, quindi, non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali, mentre la consentita integrazione documentale riguarda i chiarimenti di un documento o di una dichiarazione incompleti, a maggior ragione allorquando sussistano equivoci o incertezze generati dalla non chiarezza di clausole della legge di gara.

Con il terzo ordine di rilievi, parte ricorrente censura l'illegittimità formale delle dichiarazioni sostitutive per mancanza di data, documento scaduto e mancanza di riferimento a soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente.

Anche tali rilievi non sono suscettibili di accoglimento: in ordine alla data delle dichiarazioni allegate, in assenza di contrarie indicazioni e proprio per tale natura (di allegato), non può che farsi ragionevolmente riferimento alla data degli atti cui tali allegati sono connessi; in ordine alla eventuale scadenza del documento di identità va ribadito che in sede di gara sono sanabili le irregolarità diverse dalla falsità, come nel caso delle dichiarazioni rese dal legale rappresentante accompagnate da una carta di identità scaduta (cfr. T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 03 febbraio 2010 , n. 237); in ordine agli amministratori cessati l'analisi della documentazione, come già evidenziato, ha fatto emergere la dichiarazione relativa ad un soggetto, né era richiesta una dichiarazione negativa di assenza di altri soggetti, né parte ricorrente evidenzia la sussistenza di soggetti diversi non indicati.

Infine, parimenti infondata è il quarto ordine di censure, concernente la mancata coincidenza tra quote di partecipazione dell'ati e quote di esecuzione affidamento.

L'invocata disposizione di cui all'art. 37 d.lgs. 163 cit. al comma 4 statuisce che nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le

parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati

La ratio dell'obbligo di specificazione in esame, anche per i raggruppamenti orizzontali di indicare le parti di servizio che saranno eseguite dalle singole imprese associate, consiste nella necessità di assicurare alle Amministrazioni aggiudicatrici la conoscenza preventiva del soggetto che in concreto eseguirà il servizio non solo per consentire una maggiore speditezza nella fase di esecuzione del contratto ma anche per effettuare la previa verifica sulla competenza tecnica dell'esecutore, oltre all'intento di evitare che le imprese si avvalgano del raggruppamento non per unire le rispettive disponibilità tecniche e finanziarie, ma per aggirare le norme d'ammissione (cfr. ad es. T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 03 febbraio 2010 , n. 237). Nel caso di specie, se per un verso dall'analisi della domanda di partecipazione emerge l'indicazione del rispettivo riparto, per un altro verso non emergono specifiche censure circa l'assenza di singoli necessari requisiti in relazione alle attività da svolgere ovvero alle relative percentuali.

Sussistono giusti motivi, anche a fronte della formulazione della *lex specialis* e della natura delle censure dedotte, per compensare tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Dichiara inammissibili gli interventi.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 1 ottobre 2010

con l'intervento dei magistrati:

Enzo Di Sciascio, Presidente

Antonio Bianchi, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/10/2010

IL SEGRETARIO

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

Addi' _____ copia conforme del presente provvedimento e' trasmessa a:

IL FUNZIONARIO