



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4164 del 2011, proposto da:

Puopolo Costruzioni S.R.L., rappresentata e difesa dall'avv. Antonio L. Deramo, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria N. 2;

contro

Sogear Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Gherardo Maria Marenghi e Luisa Marrone, con domicilio eletto presso Enzo Maria Marenghi in Roma, p.zza di Pietra 63;

nei confronti di

Comune Di Scampitella;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - SEZ. STACCATA DI SALERNO: SEZIONE I n. 00813/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI DI RIQUALIFICAZIONE URBANA

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sogear Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 luglio 2013 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati A.L. Deramo, A. Di Giovanni su delega di L. Marrone e G.M. Marenghi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Scampitella, con bando in data 6.07.2010, indiceva una gara per l'affidamento dei lavori di riqualificazione urbana del Borgo Guardiola, a cui partecipavano, tra le altre, le società Puopolo Costruzioni S.r.l. e SO.GE.A.S. S.r.l.

Alla seduta del 9.08.2010, convocata per l'apertura delle buste n. 1 contenenti la documentazione amministrativa, la Commissione di gara, rilevato che SO.GE.A.S. non vi aveva inserito le dichiarazioni di cui ai punti d) ed e) della Sezione VI del Bando, la escludeva dalla procedura concorsuale.

Per quanto sopra, la società formulava istanza al fine di essere riammessa alla gara, sostenendo che le dichiarazioni mancanti nella busta n. 1 sarebbero state inserite nella busta n. 2, contenete l'offerta tecnica.

Vista l'istanza la Commissione, aperta la busta n. 2, rinveniva i documenti mancanti e riammetteva la concorrente.

Tuttavia, nella seduta del 30.08.2010, convocata per l'apertura delle buste n. 3 contenenti l'offerta economica, la Commissione sanzionava nuovamente SO.GE.A.S. con l'esclusione, in ragione della mancata allegazione all'offerta di copia fotostatica del documento d'identità del legale rappresentante della società.

Tale omissione, infatti, si sarebbe posta in contrasto con la *lex specialis* di gara e, segnatamente, con il paragrafo XI.4 del bando, secondo cui l'offerta avrebbe dovuto essere formulata compilando l'allegato modello A1, facente espresso riferimento alla necessità, a pena di esclusione, di accludere il documento d'identità.

Esclusa SO.GE.A.S., la gara veniva quindi aggiudicata a Puopolo Costruzioni S.r.l. (nel prosieguo semplicemente Puopolo).

SO.GE.A.S. proponeva quindi ricorso al Tar Campania, chiedendo l'annullamento del provvedimento di esclusione, della Determinazione dirigenziale n. 116 del 31.08.2010 di aggiudicazione provvisoria della gara in favore di Puopolo, nonché della clausola del bando sezione XI.4, comma 1, che, nel richiamare il modello A1, imponeva a pena di esclusione l'allegazione del documento d'identità.

Si costituiva in giudizio l'aggiudicataria, spiegando altresì ricorso incidentale.

Seguiva la proposizione da parte di SO.GE.A.S. di motivi aggiunti e la notificazione, da parte di Puopolo, di ulteriore ricorso incidentale.

All'esito del giudizio il Tar adito, con sentenza 29 aprile 2011, n. 813, respingeva i ricorsi incidentali e, in accoglimento del ricorso principale, annullava gli atti con esso impugnati, dichiarando improcedibile l'atto di motivi aggiunti.

Avverso la predetta sentenza Puopolo ha quindi interposto l'odierno appello, chiedendone l'integrale riforma.

Si è costituita in giudizio SO.GE.A.S., chiedendo la reiezione dell'appello siccome infondato.

Alla pubblica udienza del 30 luglio 2013, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo mezzo di gravame l'appellante deduce l'erroneità della gravata sentenza, laddove ha accolto il ricorso principale di primo grado per l'assorbente considerazione secondo cui, con riferimento alla mancata allegazione all'offerta economica del documento d'identità del legale rappresentante della concorrente, il bando non avrebbe espressamente previsto la sanzione espulsiva (richiamata solo negli allegati al bando medesimo ed in maniera equivoca) e, comunque, SO.GE.A.S. avrebbe inserito nelle buste, ancorché allegata ad altra documentazione, due copie del documento d'identità in questione.

Assume, al riguardo, che la richiesta di allegare il documento d'identità all'offerta economica non potrebbe considerarsi né un inutile formalismo, né una clausola illogica, essendo diretta a comprovare l'imputabilità dell'offerta medesima al dichiarante.

Sostiene, inoltre, che la sanzione espulsiva sarebbe chiaramente espressa dal bando, il quale al paragrafo XI.4 prevede che l'offerta debba essere redatta utilizzando l'allegato modello A1 che, alla voce istruzioni per la compilazione, indica la necessità di allegare a pena di esclusione la copia del documento d'identità.

Precisa, infine, che lo stesso bando alla Sezione XII sanziona con l'esclusione "*la mancata presentazione anche di una sola delle dichiarazioni o documenti richiesti o l'incompletezza sostanziale degli stessi*", per cui il primo Giudice non avrebbe potuto operare alcun richiamo al principio del *favor participationis* per sostanziare la decisione assunta.

2. La doglianza non può essere condivisa.

2.1.Ed invero,osserva il Collegio come l'obbligo di allegazione del documento di identità stabilito dall'art. 38 comma 3 del D.P.R. n. 445/2000 si riferisca alle istanze e dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà da produrre alla Pubblica Amministrazione e come, pertanto, un tale obbligo non possa in linea di principio essere imposto per le dichiarazioni di volontà di natura negoziale, tra le quali rientra l'offerta economica.

In altri termini , l'offerta economica non ha natura di dichiarazione sostitutiva né di istanza diretta all'Amministrazione,essendo la volontà di partecipazione al procedimento già stata espressa con separato atto ,esso si soggetto alla prescrizione dell'allegazione di copia del documento d'identità con effetti preclusivi.

Ne discende che, qualora venga esteso alla parte economica dell'offerta l'obbligo di allegazione del documento di identità,tale incombente si traduce in una formalità eccessiva e superflua, sia perché l'offerta in questione non possiede valore giuridico di "autocertificazione" come già precisato, sia perché l'allegazione di copia del documento di identità è ordinariamente già prescritta all'interno delle altre buste, sigillate e controfirmate sui lembi di chiusura, così come il plico generale che le contiene.

E dette formalità scongiurano ogni possibile incertezza sull'attribuibilità delle dichiarazioni e degli altri atti ivi acclusi.

Ciò posto, la clausola in questione ,che sanziona con l'esclusione il concorrente per il solo fatto di aver omesso l'allegazione all'offerta economica di copia del documento d'identità, si appalesa illegittima, imponendo un onere non giustificato.

E ciò a prescindere dal fatto che la clausola *de qua* sia stata o meno chiaramente formulata ,siccome non direttamente contenuta in una specifica norma del bando di gara, ma solo nelle *istruzioni* apposte in calce al *modello A1* allegato a quest'ultimo.

Nella specie,peraltro,è incontroverso che SO.GE.A.S. abbia comunque allegato una copia del documento d'identità sia alla documentazione tecnica,sia alla documentazione amministrativa contenente l'istanza di partecipazione alla gara.

Non v'è dubbio,pertanto,come la sua esclusione risulti non solo frutto di una illegittima applicazione all'offerta economica di un adempimento previsto dal D.P.R. n. 445/2000 per altra fattispecie, ma altresì illogica ed irragionevole, siccome frutto di un mero formalismo contrario al generale principio del *favor participationis* che presidia la materia *de qua*.

Del resto, la giurisprudenza della Sezione ha già avuto modo di precisare più volte che "*l'offerta economica non è né una istanza, né una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, tal ché l'art. 38, comma 3, del d.P.R. n. 445/00, secondo cui le dichiarazioni sostitutive debbono essere presentate unitamente a copia fotostatica di un documento di identità del dichiarante, non può trovare applicazione* ", per cui "*l'avvenuta produzione della fotocopia del documento di identità del sottoscrittore della offerta economica "in altro plico " è idonea a soddisfare l'interesse della stazione appaltante di disporre di un'adeguata certezza in ordine alla provenienza della offerta economica –e delle contestuali incorporate dichiarazioni di impegno- del firmatario della offerta medesima*" , con la conseguenza che è "*illegittima l'esclusione di una dittacon riferimento al fatto che ,contrariamente a quanto prescritto dal bando,all'offerta economica non è stata acclusa una copia del documento d'identità,nel caso in cui la mancanza della copia.....possa essere compensata dalla presenza di due copie di tale documento nella documentazione allegata alla domanda di partecipazione della ditta stessa.....In tale ipotesi infatti l'Amministrazione....non può escludere la ditta ...costituendo l'omissione una mera irregolarità,potendo invece chiedere un'integrazione della documentazione*" (Cons. Stato, Sez. V, 6 giugno 2012, n. 3339 ; 5 marzo 2001,n. 1267).

Correttamente pertanto il primo giudice,dopo aver osservato che in presenza di una clausola equivoca

“*soccorre, nella materia de qua, il principio del favor participationis*”, ha comunque precisato che “*nella fattispecie... sono stati introdotti nel procedimento, ancorchè a riguardo di altra documentazione pure prescritta, due documenti d'identità che, in assenza di elementi contrari, non v'è ragione per negare la loro riconducibilità anche alla documentazione relativa all'offerta economica senza incorrere in un vieto formalismo*”

2.2. Alla luce delle assorbenti considerazioni che precedono, perde poi di rilievo l'ulteriore profilo di censura secondo cui il Tar sarebbe incorso in ultrapetizione, non avendo SO.GE.A.S. denunciato in primo grado l'ambiguità del bando ma solo l'illegittimità della clausola in questione e della sanzione alla stessa accedente, posto che detta illegittimità comunque sussiste.

3. Con il secondo mezzo di gravame l'appellante ripropone le quattro censure sollevate in primo grado con i ricorsi incidentali, deducendo l'erroneità della gravata sentenza per non averne ravvisato la fondatezza.

3.1. In primo luogo deduce che SO.GE.A.S., una volta esclusa per non aver inserito due dichiarazioni inerenti l'avvalimento all'interno della busta n. 1, non avrebbe più dovuto essere riammessa.

A ciò avrebbe ostato la *lex specialis* che prevede alla Sezione XI l'inserimento nella predetta busta, a pena di esclusione, delle “*dichiarazioni di cui alla Sezione VI, in caso di avvalimento*”, oltre che la già richiamata Sezione XII del bando.

Il primo giudice, pertanto, avrebbe errato nel ritenere che l'inserimento in una diversa busta costituisca una mera irregolarità non sanzionata dal bando, secondo il quale l'esclusione avrebbe potuto comminarsi solo nel caso in cui la documentazione fosse stata assolutamente assente.

La censura non può essere accolta.

In proposito, invero, non v'è ragione di discostarsi dall'orientamento già assunto dalla Sezione secondo cui, “*è illegittima l'esclusione del concorrente che non abbia inserito i documenti richiesti dal bando nella apposita busta, come previsto dalla "lex specialis" a pena di esclusione, ma li abbia invece inseriti in una busta (regolarmente chiusa) contenente anche l'offerta, quest'ultima a sua volta debitamente sigillata*” (Sez. V, 13 gennaio 2011, n. 172).

Infatti, la *ratio* che ispira le norme sulle modalità di predisposizione delle buste separate è quella di non pregiudicare la segretezza delle offerte.

E, nella specie, l'inserimento di una sola delle numerose dichiarazioni che avrebbero dovuto essere inserite nella busta n. 1 in altra busta non ha affatto compromesso tale segretezza né la correttezza delle operazioni di gara, né tanto meno ha influito sulla valutazione delle offerte, sostanziando una mera irregolarità non suscettibile di essere sanzionata con l'esclusione.

3.2. L'appellante censura poi la sentenza impugnata, laddove non ha ritenuto meritevole di accoglimento il motivo di gravame incidentale inerente il mancato possesso, da parte di SO.GE.A.S., della certificazione di qualità della serie UNI EN ISO 9000.

Assume, al riguardo, che il primo giudice avrebbe errato nel reputare sufficiente il possesso della certificazione medesima da parte della sola impresa ausiliaria, trattandosi di requisito soggettivo finalizzato a comprovare l'affidabilità del contraente.

La censura non può essere accolta.

Sul punto, invero, sono da condividersi appieno le difese sviluppate dall'appellata, anche alla luce della più recente giurisprudenza.

L'istituto dell'avvalimento, di immediata e generale applicazione, è infatti finalizzato a consentire in concreto la concorrenza, aprendo il mercato ad operatori economici di per sé privi di requisiti di carattere economico – finanziario o tecnico - organizzativo, consentendo a questi ultimi di avvalersi dei requisiti di capacità di altre

imprese.

L'istituto in esame, di derivazione comunitaria e già previsto dagli articoli 47 e 48 della Direttiva 2004/18/CE, è attualmente disciplinato dall'art. 49 del D.Lgs. n. 163 del 2006, secondo cui il concorrente "*può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico - finanziario, tecnico - organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto*".

La formulazione del citato art. 49 è molto ampia e non prevede alcuna specifica limitazione od espresso divieto, sicché non v'è ragione di ritenere che l'avvalimento non possa riferirsi anche alla certificazione di qualità di altro operatore economico, attenendo detta certificazione ai requisiti di capacità tecnica.

In proposito, del resto, la giurisprudenza della Sezione ha già avuto modo di precisare che "*la certificazione di qualità, essendo connotata dal precipuo fine di valorizzare gli elementi di eccellenza dell'organizzazione complessiva, è da considerarsi anch'essa requisito di idoneità tecnico organizzativa dell'impresa, da inserirsi tra gli elementi idonei a dimostrare la capacità tecnico professionale di un'impresa, assicurando che l'impresa cui sarà affidato il servizio o la fornitura sarà in grado di effettuare la prestazione nel rispetto di un livello minimo di qualità accertato da un organismo a ciò predisposto*" (cfr. Cons. Stato, Sez V, 6 marzo 2013, n. 1368, che richiama Cons. Stato, Sez. VI, 22 marzo 2004, n. 1459).

Afferendo, dunque, la certificazione di qualità alla capacità tecnica dell'imprenditore, essa ben può essere in linea di principio oggetto di avvalimento, ai sensi del predetto art. 49 D.Lgs. n. 163/2006. Né, peraltro, la procedura di gara in questione contiene alcuna specifica norma che escluda la certificazione di qualità dal novero dei requisiti comprovabili con il ricorso all'avvalimento, ben potendo quindi quest'ultima essere posseduta dalla sola impresa ausiliaria, come correttamente ritenuto dal primo giudice.

3.3. Con ulteriore mezzo di gravame Puopolo lamenta l'erroneità della sentenza impugnata, laddove non ha ritenuto che la mancata indicazione nel capitolato dei requisiti minimi e delle modalità di presentazione delle varianti al progetto, avrebbe reso *tamquam non esset* la previsione generale contenuta nel bando inerente tale possibilità.

Assume quindi che, in violazione dell'art. 76 del D.Lgs. 163/2006 che consentirebbe all'Amministrazione di prendere in considerazione solo le varianti rispondenti a requisiti minimi prestabiliti, illegittimamente il Comune di Scampitella avrebbe approvato le varianti proposte da SO.GE.A.S.

La doglianza non ha pregio.

Ed invero, il bando di gara in questione prevede espressamente la possibilità, per gli offerenti, di presentare varianti al progetto.

Quanto ai requisiti minimi ed alle modalità di presentazione delle stesse la disciplina di gara, in luogo di prevederli analiticamente, ha fissato una previsione di ordine generale con espressa riserva di ammettere le varianti che a "*insindacabile giudizio dovessero risultare opportune*" (cfr. art. 43 del Capitolato d'appalto).

Nella seduta del 30 agosto 2010, poi, "*la Commissione... in concerto con l'Amministrazione*" ha stabilito i sub-criteri per valutare le migliori apportate al progetto dai concorrenti, fissando gli specifici punteggi da assegnare a ciascuna categoria di riferimento (cfr. verbale di gara n. 5).

Ciò posto, va rilevato come di nulla possa legittimamente dolersi l'appellante, posto che la stessa non ha, sul punto, impugnato in via incidentale né il bando, né i consequenziali atti della procedura.

A ciò aggiungasi, che la disposizione del capitolato in ordine alla valutazione delle varianti è stata comunque sostanziata e che, pertanto, la stessa non risulta tale da rendere *tamquam non esset* la corrispondente clausola generale del bando, né da inibire la concreta possibilità di formulare proposte di varianti che la Stazione appaltante,

nell'esercizio della sua discrezionalità tecnica, non possa vagliare, come avvenuto per la variante proposta da SO.GE.A.S.

3.4. Con l'ultimo mezzo di censura l'appellante deduce l'erroneità della gravata sentenza, laddove non ha riconosciuto che la variante proposta ed approvata avrebbe avuto natura sostanziale e, come tale, sarebbe stata inammissibile.

Il rilievo non può essere condiviso.

Ed invero, come correttamente precisato dal primo giudice, in base ai criteri elaborati dalla giurisprudenza di questo Consiglio in tema di essenzialità o meno delle varianti progettuali, devono ritenersi ammissibili quelle *“migliorative che non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto ponendosi rispetto a questo come del tutto alternative a quanto voluto dalla Stazione appaltante”*, ferma restando la *“sussistenza di ampio margine di discrezionalità della Commissione giudicatrice, standosi in ambito di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa”*.

Orbene le varianti ammesse dal Comune di Scampitella, pacificamente migliorative, non si traducono ragionevolmente nel mutamento dell'oggetto del contratto consistendo, come emerge dallo stesso atto di appello, nella realizzazione di impianti e nel rifacimento di una pavimentazione che la Commissione, nell'esercizio della sua discrezionalità tecnica, ha ritenuto ammissibili.

Da ciò consegue che alle stesse non può essere attribuita, sempre come correttamente ritenuto dal Tar, natura sostanziale.

4. Per quanto sopra l'appello si appalesa infondato e, come tale, da respingere.

5. Sussistono giusti motivi per addvenire alla compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il 20/12/2013

IL SEGRETARIO

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