



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 221 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

TEICOM COSTRUZIONI GENERALI Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Carlo Castelli, con domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via Farina 44;

contro

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI CAGLIARI, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distrettuale, domiciliata in Cagliari, via Dante N.23;

nei confronti di

ELETTRO INSTALLAZIONI SARDE Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Silvio Pinna, Giovanni Zucca, con domicilio eletto presso Silvio Pinna in Cagliari, via San Lucifero N.65;

per l'annullamento

Con il RICORSO PRINCIPALE:

- del provvedimento di <esclusione> della ricorrente dalla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per "lavori straordinari di adeguamento normativo delle cabine elettriche Mt/Bt di Cagliari e Monserrato" di cui alla nota prot. n.4981/2013 -IX/2 del 27.2.2013 sottoscritta dal Coordinatore della Direzione Amministrativa - Gare d'Appalto della Università degli Studi di Cagliari;
- del provvedimento di aggiudicazione definitiva a favore della controinteressata di cui alla nota prot. 5346/2013 IX/2 del 4.3.2013 sottoscritta dal Coordinatore della Direzione Acquisti, Appalti e Contratti Settore Gare d'Appalto Lavori Pubblici della Università degli Studi di Cagliari;
- del provvedimento di diniego di procedere in autotutela di cui alla nota prot. 6161/2013 del 13.3.2013 sottoscritta dal Dirigente della Direzione Acquisti, Appalti e Contratti Settore Gare d'Appalto Lavori Pubblici della Università degli Studi di Cagliari e dal RUP;

E CON MOTIVI AGGIUNTI :

- della determinazione dirigenziale n. 43 del 28.2.2013 di aggiudicazione definitiva;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti depositati l'8.4.2013 e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell' Università degli Studi di Cagliari e della controinteressata Elettro Installazioni Sarde Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2013 la dott.ssa Grazia Flaim e uditi per le parti i difensori l'avv. Carlo Castelli per la parte ricorrente, l'avv.to dello Stato Giandomenico Tenaglia per l'Università e l'avv. Silvio Pinna per la controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente (insieme a molti altri partecipanti) è stata esclusa dalla gara indetta dall'Università di Cagliari per non aver prodotto la dichiarazione richiesta dall'art. 118 del DPR 207/2010.

Con ricorso notificato e depositato nel marzo 2013 l'esclusione è stata impugnata, con richiesta di sospensione cautelare, formulando le seguenti censure:

1) violazione della lex specialis – lettera di invito;

2) violazione dell'art. 46 D.Lgs. 163/2006;

3) diniego di autotutela: difetto di motivazione – violazione dell'art. 243 bis del D.Lgs. 163/2006 e dell'art. 3 della L. 241/1990 e del principio di favor participationis;

4) illegittimità derivata dal provvedimento di aggiudicazione;

Si sono costituiti in giudizio sia l'Università sia la controinteressata chiedendo il rigetto dell'impugnazione.

Con ordinanza cautelare 123 del 17.4.2013 la sospensione dell'esclusione è stata accolta, con fissazione dell'udienza di merito al 9 ottobre 2013.

All'udienza del 9 ottobre 2013 il ricorso è stato spedito in decisione.

DIRITTO

La ricorrente è stata esclusa, dalla gara retta dal principio del massimo ribasso, per la “mancata produzione della dichiarazione ex art. 118 del Regolamento DPR 207/2010” inerente il “prezzo invariabile”, trattandosi di lavori “a corpo”.

Ma, come già evidenziato nell'ordinanza cautelare di accoglimento, il modello predisposto dalla PA, contenente tutte le dichiarazioni ritenute obbligatorie e previste dal bando al punto 2 e ss. (pagg. 3, 4 e 5), non menzionava la dichiarazione prevista, dall'art. 118 del Regolamento, a pena di inammissibilità.

Il Collegio evidenzia peraltro che l'art. 53 comma 4 del Codice 163/2006, dispone, con disposizione “sostanziale” direttamente applicabile che:

“Per le prestazioni a corpo, il prezzo convenuto non può essere modificato sulla base della verifica della quantità o della qualità della prestazione”.

Il legislatore, con norma primaria, prevede, dunque, già ex lege, una integrazione dell'accordo contrattuale (del contratto a corpo), a prescindere dalla presentazione di una “specifico dichiarazione” sul punto, da parte del partecipante alla gara.

La disposizione sostanziale è quindi operativa, in quanto avente valenza obbligatoria, a prescindere dall'esibizione in gara di una conforme dichiarazione del partecipante.

La previsione della “dichiarazione” da allegare all'offerta è contenuta nel Regolamento (norma secondaria) quale “modalità” concreta di garanzia della conoscenza e consapevolezza.

Ma il profilo “eterointegrativo” va riconosciuto sussistente, sulla base della disposizione “sostanziale” esistente a monte, di valenza primaria.

Premesso tale aspetto fondamentale, va considerato che, nel caso di specie, la lettera di invito e il modulo

predisposto ad hoc dalla P.A. per la partecipazione, per come sono stati redatti e formulati, non contemplavano specificamente la necessità di allegazione della dichiarazione, specificamente richiesta invece dall' art. 118 2° comma del DPR 207/2010.

E l' Amministrazione invitava a far specifico utilizzo dei "modelli" predisposti per la redazione delle dichiarazioni obbligatorie per legge.

Tale elemento ha determinato un consistente "affidamento" in capo ai partecipanti che hanno utilizzato i modelli di partecipazione alla gara.

Tanto è vero che, nel caso di specie, 13 su 14 partecipanti alla gara –seguendo i modelli- non hanno prodotto questa dichiarazione.

Va quindi considerato che il principio dell' " affidamento " , elevato a rango di principio generale dell'azione amministrativa dall'art. 1 comma 1, l. 7 agosto 1990, n. 241, impedisce che sul cittadino possano ricadere gli errori dell'Amministrazione (cfr. C.S. V 9 settembre 2011 n. 5073; v anche T.A.R. Sardegna sez. I del 25 novembre 2010 n. 2626).

L'esclusione è stata disposta dalla stazione appaltante nonostante tale dichiarazione non fosse stata richiesta, né nella lettera di invito, né nei modelli di partecipazione (contrariamente alla previsione contenuta nel Regolamento). Per causa dell'Amministrazione 13 dei 14 partecipanti redigendo il modulo , come predisposto dalla stazione appaltante, non hanno prodotto tale specifica dichiarazione e sono stati esclusi.

Posto che, sotto il profilo delle "fonti", rimane comunque valida e operante la disposizione sostanziale posta a monte dal legislatore, contenuta nell'art. 53 comma 4 del Codice 163/2006, con effetti etero-integrativi del futuro accordo, la vincolatività della portata della norma primaria sussiste comunque, a prescindere dall'allegazione richiesta dal regolamento.

L'integrazione della dichiarazione pretermessa e richiesta dal Regolamento, poteva essere dunque richiesta, nel caso di specie, dalla stessa Amministrazione che ha indotto in errore i partecipanti, non contemplandola negli atti di gara appositamente predisposti e di cui si faceva espresso invito all'utilizzo.

In conclusione il ricorso va accolto, con annullamento dell'esclusione impugnata.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, con annullamento del provvedimento di esclusione impugnato.

Condanna l'Università al pagamento di euro 2.000 (duemila) per le spese di giudizio, oltre al rimborso del contributo unificato;

compensate nei confronti dell'aggiudicataria.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Grazia Flaim, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/12/2013

IL SEGRETARIO

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