N. 00813/2011 REG.PROV.COLL.

N. 01405/2010 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 Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1405 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla s.r.l. SO.GE.A.S., rappresentata e difesa dall'avv. Gherardo Maria Marenghi con domicilio eletto presso lo stesso a Salerno in via Velia n.15;

contro

Comune di Scampitella, in persona del Sindaco p.t. – non costituito in giudizio -

nei confronti di

s.r.l. Puopolo Costruzioni, rappresentata e difesa dall'avv. Lorenzo Lentini con domicilio eletto presso lo stesso a Salerno in Corso G. Garibaldi n. 103;

per l'annullamento, previa sospensione,

- quanto al ricorso principale: 1) della determinazione dirigenziale n. 116 del 31/8/2010, di esclusione della società ricorrente dalla gara per l'appalto dei lavori di riqualificazione urbana del Borgo Guardiola del Comune di Scampitella e di aggiudicazione provvisoria della stessa alla s.r.l. Puopolo Costruzioni; 2) del verbale di gara n. 5 del 30/8/2010; 3) del punto XI.4 comma 1 del bando di gara,

prevedente l'esclusione dalla gara per mancata allegazione all'offerta economica del documento d'identità dei concorrenti;
- quanto al ricorso con motivi aggiunti: del punto XI 2.2 del bando di gara.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale della s.r.l. Puopolo Costruzioni;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2011 il dott. Ferdinando Minichini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I) Con ricorso notificato il 9 settembre 2010, depositato il 14 successivo, la s.r.l. SO.GE.A.S. ha impugnato gli atti con i quali è stata esclusa dalla gara per l'appalto dei lavori di riqualificazione urbana del Borgo Guardiola indetta dal Comune di Scampitella, nonché quelli di aggiudicazione provvisoria della gara alla s.r.l. Puopolo Costruzioni, nonché la norma XI.4 comma 1 del bando.
Vengono dedotti i seguenti motivi di gravame:
1) violazione degli artt. 38 e 44 del D.P.R. 28/12/2000 n. 445 in combinato disposto con l'art. 18 della legge 21/7/2000 n. 205 e dell'art. 46 del D.Lgs. 12/4/2006 n. 163, assumendosi che la mancata allegazione all'offerta economica del documento d'identità rappresenta irregolarità e non omissione sanzionabile con l'esclusione dalla gara;
2) violazione dell'art. 46 del D.Lgs. 12/4/2006 n. 163, sostenendosi la sussistenza dei presupposti per l'integrazione documentale, nonché l'illogicità della norma applicata dalla Stazione appaltante.

II) Con ricorso incidentale, notificato il 24 settembre e depositato il 30 successivo, la controinteressata s.r.l. Puopolo Costruzioni, deducendo la violazione dell'art. 42 del D.Lgs. 12/4/2006 n. 163 e dei punti V.2 e XI.2.2 lett. "g" del bando di gara, ha sostenuto che la ricorrente principale non può essere ammessa alla gara anche per mancata allegazione alla domanda di partecipazione della certificazione di qualità UNI EN ISO 9000, precisando che al riguardo non è ammissibile l'avvalimento; e, deducendo la violazione del punto IX e della Sezione VI in relazione al punto XI.2 del bando di gara e dell'art. 97 Cost., ha rilevato l'omissione di dichiarazioni prescritte per l'avvalimento esercitato dalla ricorrente principale e l'apertura dell'offerta tecnica della stessa in seduta pubblica e non riservata.

La SO.GE.A.S. ha controdedotto al ricorso incidentale ed ha insistito per l'accoglimento dell'impugnativa principale con le memorie depositate il 4 ottobre 2010; e la conrointeressata ha insistito per il rigetto del ricorso principale con la memoria depositata il 5 ottobre 2010.

III) Nella Camera di Consiglio del 7 ottobre 2010 è stata fissata, a norma dell'art. 119 comma 3 del c.p.a., la discussione del merito dei ricorsi nell'odierna udienza.

IV) Con atto con motivi aggiunti, notificato il 19 ottobre 2010 e depositato 22 seguente, la s.r.l. SO.GE.A.S. ha impugnato la norma XI 2.2 del bando di gara, ribadendosi le censure dedotte col ricorso principale.

V) La controinteressata s.r.l. Puopolo Costruzioni, con ulteriore ricorso incidentale notificato il 19 novembre 2010 e depositato il 23 successivo, ha dedotto ancora la violazione dell'art. 76 del D.Lgs. 12/4/2006 n. 163 e dei punti V.2 e XI.2.2 lett. "g" e XI. 3 del bando, per contrasto con la normativa legislativa e di gara della proposta di migliorie della ricorrente principale.

VI) La Puopolo Costruzioni ha depositato consulenza tecnica in data 22 dicembre 2010; ed entrambe le parti hanno ulteriormente ribadito le proprie difese con le memorie del 28 dicembre 2010.

VII) Nell'odierna udienza le impugnative sono state trattenute per la decisione.

DIRITTO

I) La s.r.l. SO.GE.A.S., col ricorso principale, ha impugnato gli atti con i quali è stata esclusa dalla gara per l'appalto dei lavori di riqualificazione urbana del Borgo Guardiola indetta dal Comune di Scampitella e coi quali la gara è stata provvisoriamente aggiudicata alla s.r.l. Puopolo Costruzioni, nonché il punto XI.4 comma 1 del bando; e, col ricorso con motivi aggiunti, la norma XI 2.2 del bando.

I.1) Il provvedimento di esclusione è stato adottato in ragione della mancata allegazione all'offerta economica del documento d'identità del dichiarante.

I.2) Ai fini della sussistenza dell'interesse a ricorrere la ricorrente afferma che, senza l'esclusione dalla gara, risulterebbe aggiudicataria dell'appalto.

II) Hanno precedenza d'esame i ricorsi incidentali dell'aggiudicataria controinteressata s.r.l. Puopolo Costruzioni.

II.1) Col primo motivo di gravame del primo ricorso incidentale, la Puopolo assume che la ricorrente principale non può ricorrere all'avvalimento di impresa ausiliaria previsto dall'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 a riguardo della certificazione del sistema di qualità aziendale UNI EN ISO 9000 richiesta dal bando di gara, trattandosi di requisito soggettivo che per tale carattere deve essere posseduto direttamente dal concorrente aspirante all'appalto, ed a conforto richiama il parere (n. 254/2008) in tal senso espresso dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

II.1.1) L'esame della censura richiede un breve excursus degli orientamenti giurisprudenziali in materia che, invero, non sono univoci e vanno da un'interpretazione rigorosa del suddetto art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 prevedente l'istituto dell'avvalimento ad altra estensiva includente la possibilità per il concorrente all'appalto di essere ausiliato anche nei casi come quello in esame, di

avvalimento di certificazioni non strettamente ed intrinsecamente inerenti alle qualità soggettive dell'appaltatore.

II.1.2) L'orientamento restrittivo ha origine dal diffuso concetto che la certificazione di qualità, essendo volta ad assicurare che l'impresa svolga il servizio secondo un livello minimo di prestazioni accertato da un organismo qualificato, debba essere ricondotta nel novero dei requisiti di ordine soggettivo di affidabilità che dovrebbero, in via di principio, essere posseduti da chi esegue effettivamente la prestazione (TAR Sardegna, sezione I, 6 aprile 2010, n. 665).

II.1.3) L'orientamento estensivo (TAR Basilicata, 3 maggio 2010, n. 220), avvalorato dalla ratio dell'allargamento della concorrenzialità tra imprese sottesa all'istituto in discussione, osserva che:

- la disciplina dell'art. 49 non pone alcuna limitazione all'avvalimento se non per i requisiti strettamente personali di carattere generale, risultando con ciò preclusa alle amministrazioni la possibilità di operare restrizioni al suo utilizzo e, pertanto, per una ragione logica, prima ancora che giuridica, dovrebbero essere insuscettibili di avvalimento i soli requisiti generali di cui agli artt. 38 e 39 del Codice degli appalti, ossia quei requisiti di onorabilità, moralità e professionalità intrinsecamente legati al soggetto e alla sua idoneità a porsi come valido e affidabile contraente per l'Amministrazione; e, dunque, ad eccezione di tali requisiti, all'istituto dell'avvalimento dovrebbe riconoscersi portata generale, in quanto posto a presidio della libertà di concorrenza, in modo da rimuovere ogni ostacolo al libero esercizio dell'imprenditorialità in ambito Comunitario e da garantire la massima partecipazione alle procedure di gara e la par condicio dei concorrenti;
- il requisito della certificazione di qualità - in quanto riconnesso semplicemente ad una procedura con la quale un soggetto verificatore esterno all'impresa, terzo e indipendente e a ciò autorizzato, fornisce attestazione scritta che un'attività, a seguito di valutazione, sia conforme ai requisiti specificati da norme tecniche,

garantendone la validità nel tempo attraverso un'adeguata sorveglianza - dovrebbe essere acquisito come requisito speciale di carattere (pur sempre) tecnico-organizzativo e come tale suscettibile di avvalimento, atteso che il contenuto dell'attestazione concerne, in sostanza, il sistema gestionale dell'azienda e l'efficacia del suo processo operativo e garantisce la stazione appaltante nella fase esecutiva del contratto, in quanto mira ad assicurare che l'impresa esegua l'attività oggetto dell'appalto secondo un livello minimo di prestazioni; ed, a voler diversamente opinare, si determinerebbe l'implausibile esclusione di alcuni soggetti operanti nel medesimo settore dalla possibilità di aggiudicazione di determinati contratti pubblici, comprimendo la loro libertà d'impresa e la possibilità di incrementare esperienza e capacità professionale;

- il terzo che "presti", in via di ausiliatore, la propria certificazione di qualità, non si limita al prestito del solo "documento" contenente la certificazione, ma si obbliga a mettere a disposizione dell'impresa concorrente, nella fase di esecuzione del contratto, il complesso della propria organizzazione aziendale ovvero il complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa, e siffatta obbligazione vale a garantire l'interesse dell'Amministrazione ad ottenere la garanzia qualitativa di un certo livello minimo di prestazioni per la gestione dell'appalto, risultando, per ciò solo ed in definitiva, ben possibile che l'impresa concorrente assuma le vesti di un mero centro di imputazione di rapporti giuridici e limiti la sua attività al coordinamento delle prestazioni dell'impresa ausiliaria;

- del resto, la legge prevede che, nell'ipotesi in cui il soggetto affidatario dell'appalto non disponga del complesso organizzativo dell'impresa ausiliaria o questa si rifiuti di metterlo a disposizione, sussiste una responsabilità di carattere solidale tra l'impresa concorrente e l'impresa ausiliaria.

II.1.4) Un orientamento intermedio, poi (TAR Campania Napoli, sez. I, 2 febbraio 2011, n. 644), distingue tra c.d. avvalimento operativo, di indiscussa portata

generale, e c.d. avvalimento di garanzia che è figura nella quale l'ausiliario mette in campo solo la propria solidità economica e finanziaria a servizio dell'aggiudicataria ausiliata ampliando così lo spettro della responsabilità per la corretta esecuzione del contratto; quest'ultima figura, però, proprio per la sua peculiare funzione di estensione della base patrimoniale della responsabilità da esecuzione dell'appalto, potrebbe essere ontologicamente ammesso solo con la dimostrazione del possesso di idonei requisiti economici e finanziari (come nel caso del volume di affari o del fatturato) perchè solo in tal caso si palesa idoneo a dispiegare l'apprezzabile funzione di assicurare alla stazione appaltante un partner che goda di una complessiva solidità patrimoniale proporzionata ai rischi dell'inadempimento della prestazione dedotta nel contratto, mentre, al di fuori di tale ipotesi, la mera messa a disposizione di requisiti soggettivi e astratti (svincolata da ogni collegamento con risorse materiali o immateriali) snaturerebbe l'istituto per piegarlo ad un logica di elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara.

II.1.5) Il Collegio è dell'avviso che debba preferirsi l'interpretazione più estensiva, alla cui stregua la certificazione di qualità non possa, come prospettato dalla ricorrente incidentale, essere pregiudizialmente sottratta all'avvalimento.

Suffraga siffatto orientamento, in aggiunta ai persuasivi argomenti innanzi richiamati, l'osservazione, di ordine teleologico, per cui, in materia, debba privilegiarsi un criterio ermeneutico sostanziale per il quale, essendo la certificazione di qualità comunque intesa a garantire la (obiettiva) qualità dell'adempimento e non solo la (mera e soggettiva) idoneità professionale del concorrente pur sempre strumentale alla prima, sia erroneo postulare (una volta chiarito che l'avvalimento è la regola e le sue limitazioni le eccezioni) che la detta certificazione debba necessariamente far capo (salvo il riscontro di abusi e la doverosa verifica di effettività) unicamente al concorrente con conseguente impossibilità di ausilio per avvalimento.

II.1.6) Ne deriva l'infondatezza della censura al riguardo svolta dalla ricorrente incidentale.

II.2.1) E' infondato anche il secondo motivo di gravame, col quale la deducente incidentale rileva che due delle dichiarazioni dell'impresa ausiliaria richieste (a pena d'esclusione) dal bando di gara a riguardo dell'avvalimento sono state inserite nella busta "2" (relativa alla documentazione tecnica) e non nella busta "1" (concernente la documentazione amministrativa).

II.2.2) Invero, contrariamente a quanto sembra reputare la deducente, l'invocata comminatoria d'esclusione dalla gara, correttamente intesa, riguarda l'omesso inoltro delle menzionate dichiarazioni e non la mera erronea collocazione delle stesse nelle buste, e ciò tanto più per il carattere neutro delle dichiarazioni in questione il cui contenuto, nella fattispecie, si concreta nella formale assunzione dell'obbligo di mettere a disposizione l'oggetto dell'ausilio e nell'attestazione di non partecipazione alla gara anche in proprio o come consorziata.

Trattandosi, dunque, di mero errore di collocazione degli atti al quale non è riferibile la sanzione di esclusione dalla gara prevista dal bando, correttamente la Stazione appaltante, dopo l'originaria esclusione dalla gara della ricorrente principale proprio per il medesimo rilievo in esame, l'ha riammessa in gara in conseguenza del successivo rinvenimento delle dichiarazioni nella busta n. "2".

II.2.3) Per le medesime osservazioni non assumono rilevanza invalidante le ulteriori censure al riguardo esposte, di violazione dell'ordine procedurale e di apertura della busta n. 2 della riammessa in gara in seduta pubblica e non riservata, aspetto quest'ultimo che, peraltro, è segnale di trasparenza operativa.

Per quest'ultimo aspetto giova precisare che è vero che, come ricorda la deducente incidentale, la previsione del bando è nel senso dell'apertura delle documentazioni tecniche (buste n. 2) in seduta non pubblica, è vero anche, però, che, nella particolare fattispecie, si trattava di eventuale ammissione in gara su domanda

dell'interessata precedentemente esclusa, per cui il relativo procedimento esigeva ex se la massima trasparenza.

II.3) Col primo motivo del secondo ricorso incidentale la Puopolo assume che la ricorrente principale va esclusa dalla gara perché ha presentato variazioni progettuali che, pur se previste ai sensi dell'art. 76 del D.Lgs. n. 163/2006 nel bando di gara nel rispetto delle indicazioni del capitolato d'appalto, nell'assenza in quest'ultimo di indicazioni al riguardo, sussisterebbe il divieto d'inoltro di variazioni progettuali, ed anche perché le variazioni presentate sono sostanziali e quantificate nel loro valore economico.

II.3.1) Anche tali censure sono infondate.

Sotto il primo profilo, a prescindere del tutto dalla controdeduzione della ricorrente principale secondo cui l'art. 43 del capitolato speciale, prevedente la facoltà della Stazione appaltante di introdurre opportune varianti, rappresenterebbe il parametro normativo di cui la deducente incidentale lamenta l'assenza, si deve osservare che il difetto nel capitolato della determinazione dei requisiti minimi delle variazioni progettuali in questione - che è, d'altronde, l'esplicito contenuto sostanziale della censura in esame - non è sufficiente a ridurre ad un flatus vocis l'espressa previsione del bando di gara (punto XI.3) autorizzativa alla presentazione di variazioni svuotandola del tutto di contenuto e, meno ancora, reputandosi che dal detto difetto derivi un divieto d'inoltro di variazioni progettuali, e ciò anche perché, come è noto, l'indicazione esplicita dei requisiti minimi delle variazioni è strumentalmente servente il principio della par condicio dei concorrenti che, essendo connaturato nel sistema di selezione, comunque non perde la sua effettività se correttamente e congruamente applicato.

II.3.2) Quanto alla prospettata natura sostanziale delle variazioni progettuali presentate dalla ricorrente principale, precisato che quelle che al riguardo contano sono le prestazioni migliorative offerte in relazione all'oggetto delle opere

pubbliche in appalto e non - come fa la decucente incidentale - in relazione alla natura (essenziale o meno) delle variazioni ricavata dalla legislazione urbanistica, si osserva che la giurisprudenza (Cfr. Cons. di Stato – Sez. V – 11/7/2008 n. 3481) ha elaborato in tema di essenzialità o meno delle variazioni in questione i seguenti criteri:

- ammissibilità delle varianti migliorative che non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto ponendosi rispetto a questo come del tutto alternativo a quanto voluto dalla Stazione appaltante;
- le varianti devono dare contezza delle ragioni che giustificano l'adattamento proposto e le variazioni alle singole prescrizioni progettuali con la prova che quest'ultime garantiscano l'efficienza del progetto e le esigenze della Stazione appaltante sottese alle prescrizioni variate;
- sussistenza di ampio margine di discrezionalità della Commissione giudicatrice, standosi in ambito di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

II.3.3) E, dunque, alla stregua dei richiamati rilievo e principi, le censure dedotte non possono persuadere.

II.3.4) La censura, infine, con cui si rileva che la ricorrente principale ha espresso il valore economico delle variazioni progettuali neanche è fondata, atteso che la richiamata comminatoria, di espulsione dalla gara (punto XI. 3 del bando) per le ipotesi di indicazioni economiche (anche solo evincibili) contenute nell'offerta tecnica, espressamente si riferisce "al prezzo e/o al ribasso offerto in sede di offerta economica", e cioè all'offerta economica in sé per l'aggiudicazione dell'appalto e non al valore delle varianti che sono eventuali, indipendenti, slegate dal prezzo offerto e valutabili per altro aspetto, e tenuto conto che da esse, certamente, non è evincibile alcun elemento che porti ad indicazioni dell'offerta economica.

II.4) In definitiva, i ricorsi incidentali proposti dalla s.r.l. Puopolo Costruzioni, alla stregua delle considerazioni svolte, sono infondati e vanno, pertanto, respinti.

III) Può passarsi all'esame del ricorso principale proposto dalla s.r.l. SO.GE.A.S.

III.1) Si ricorda che la società ricorrente, esclusa dalla gara per erroneo inserimento nella non giusta busta di alcune dichiarazioni concernenti l'avvalimento e poi rimessa in gara in autotutela, col provvedimento qui impugnato è stata successivamente di nuovo esclusa in espressa applicazione della sezione XI.4 comma 1 del bando, per mancata allegazione all'offerta economica del documento d'identificazione.

III.2) L'istante, col primo motivo di gravame, assume, tra l'altro, senza essere smentita ex adverso, che ha inoltrato due documenti d'identità allegati alla documentazione tecnica ed alla documentazione amministrativa contenente la domanda di partecipazione alla gara.

III.3) La fattispecie - ferma restando l'orientamento anche di questo Tribunale secondo cui anche le manchevolezze formali sono ragione d'esclusione se siffatta sanzione è inequivocamente prevista dalla normativa di gara e purchè d'utilità anche di sola natura procedimentale - va esaminata con riferimento al dato testuale della normativa di bando applicata ed in relazione alla inequivocità o meno della stessa.

La norma applicata (sezione XI.4 comma 1 del bando) prevede che la busta n. 3 (offerta economica) deve contenere: "a pena d'esclusione, l'offerta economica, redatta in bollo, in lingua italiana, utilizzando l'allegato modello A1".

Ed il modello A1, nelle "istruzioni per la compilazione", nell'ultima parte (che è la settima) riporta: "Allegare, a pena d'esclusione, copia fotostatica di idoneo documento di identificazione"

La sezione XII del bando, concernente specificamente "esclusione dalla gara", poi, sanziona con l'esclusione dalla procedura le manchevolezze e l'inosservanza delle

prescrizioni "espresse nelle sezioni V, VI, VI, X e XI, le quali si riferiscono alle norme del bando e non al modello A1 e meno ancora alle istruzioni apposte in calce a quest'ultimo, sicchè la Stazione appaltante ha applicato la misura espulsiva integrando il bando che richiama l'allegato A1 che, a sua volta, riporta la sanzione nelle sue "istruzioni" per la compilazione.

Per il tenore testuale delle previsioni riportate, allora, tre sono le osservazioni di carattere ermeneutico.

La prima inerisce al fatto che la sanzione espulsiva non è espressa dal bando, la seconda al fatto che quest'ultimo sanziona con l'esclusione dalla gara le sole manchevolezze da esso previste e la terza attiene al principio generale secondo cui le misure sanzionatorie, incidendo rilevantemente e negativamente nella sfera giuridica del destinatario, devono essere chiare e non equivoche, sicchè all'assenza, come nel caso in esame, della loro inequivocità soccorre, nella materia de qua, il principio del favor participationis.

Nella fattispecie, inoltre, come si è accennato, 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.

III.4) La censura esaminata è, pertanto fondata.

III.5) Il ricorso principale, conseguentemente, alla stregua della fondatezza della censura esaminata, è fondato e va accolto, restando assorbite le residue censure.

IV) In conclusione, il ricorso incidentale della s.r.l. Puopolo Costruzioni è infondato e va, conseguentemente, respinto.

IV.1) Il ricorso principale della s.r.l. SO.GE.A.S. è fondato in relazione alla censura esaminata e, conseguentemente, va accolto con assorbimento delle residue censure, coneguendone l'annullamento degli atti impugnati; ed il collegato atto con motivi

aggiunti, volto avverso la normativa del bando di gara, va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse alla decisione.

V) Le spese di giudizio, tenuto conto della peculiarità delle questioni, vanno compensate tra le parti.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe proposto dalla s.r.l. SO.GE.A.S., così decide: a) respinge i ricorsi incidentali proposti dalla s.r.l. Puopolo Costruzioni; b) accoglie il ricorso principale proposto dalla s.r.l. SO.GE.A.S. e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati, e dichiara improcedibile il collegato atto con motivi aggiunti.

Dispone la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Sabato Guadagno, Presidente FF

Ferdinando Minichini, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/04/2011

IL SEGRETARIO

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