

TAR Veneto, Sez. I, 23/7/2004 n. 2479

E' inammissibile impugnare l'esclusione di una gara di un'altra impresa.

Un'impresa partecipante a una gara a evidenza pubblica non è legittimata ad impugnare l'esclusione di altra impresa concorrente che non ha contestato la sua esclusione, al fine di far valere il proprio interesse all'aggiudicazione dell'appalto. Al riguardo il TAR Napoli, I Sez., con la sentenza n. 2835/2004, afferma che solo le imprese non ammesse possono impugnare gli atti di gara, cosicché "tale legittimazione non è spendibile da altri soggetti per una finalità processuale propria, che rischia, tra l'altro, di tradursi in una manipolazione ad hoc della graduatoria attraverso l'impugnazione delle sole esclusioni", e che l'impugnazione costituisce esercizio dell'interesse legittimo di cui sono titolari solo gli esclusi e che semmai il concorrente che si ritenga leso dal calcolo della media può avvalersi dell'interesse strumentale all'annullamento dell'intera gara, e non certo agire per la riammissione di altri concorrenti acquiescenti nei confronti dell'esclusione.

Materia: appalti / tutela giurisdizionale

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, prima Sezione, con l'intervento dei signori magistrati:

Italo Franco Presidente f.f., relatore

Rita Depiero Consigliere

Marco Buricelli Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 516/2004, proposto da Barbato Impresa Costruzioni s.r.l., in persona del rappresentante legale geom. Vittorino Barbato, rappresentato e difeso dall'avv. Pier Vettor Grimani, con domicilio eletto presso il suo difensore, in Venezia, S. Croce n. 466/g, come da procura a.l. a margine del ricorso

contro

il Comune di Venezia, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Giulio Gidoni, Maria Maddalena Morino e Antonio Iannotta, dell'avvocatura comunale, con domicilio eletto presso la sede comunale, come da delibera di autorizzazione a resistere e procura a.l. a margine della memoria di costituzione

e nei confronti

- di Brandolin Costruzioni s.r.l. in persona del suo rappresentante legale pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Bruno Barel e Diego Signor, ed elettivamente domiciliata presso l'avv. Emanuela Rizzi, in Venezia, S. Croce, n. 312/A, come da procura a .l. a margine del controricorso;

- di Vettore costruzioni s.r.l. in persona del suo rappresentante legale in carica, non costituitasi in giudizio

e sul ricorso incidentale proposto dalla Brandolin s.r.l. in persona del suo rappresentate legale, come sopra rappresentata, difesa e domiciliata.

per l'annullamento

1) dell'aggiudicazione provvisoria dell'appalto dei lavori di restauro della Torre dell'orologio in Venezia disposta dalla commissione di gara nella seduta dell'11.12.2003;

2) di ogni altro atto connesso o presupposto, ivi compresa la successiva determinazione, non conosciuta, di aggiudicazione definitiva

e per il risarcimento

del danno del danno derivante dalla mancata aggiudicazione dell'appalto su indicato.

Visto il ricorso, notificato il 14.2.2004, e depositato presso la Segreteria il 19.2.2004, con i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Venezia e della controinteressata Brandolini s.r.l.;

visto il ricorso incidentale proposto dalla Brandolin s.r.l., notificato il 19.3.2004;

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

visti gli atti tutti della causa;

udito alla pubblica udienza del 17 giugno 2004, relatore il Presidente f.f. Italo Franco, l'avv. Grimani per la parte ricorrente, l'avv. Gidoni per la P.A. resistente e l'avv. Signor per la controinteressata.

Ritenuto in fatto e considerato e in diritto quanto segue:

FATTO

Con bando in data 27.10.2003 il comune di Venezia indiceva un pubblico incanto per i lavori di restauro della Torre dell'orologio in Piazza S. Marco per l'importo complessivo di € 1.050.532,17 da aggiudicarsi con il criterio del massimo ribasso sull'importo complessivo dei lavori. Presentavano offerta 39 imprese e la commissione di gara, nella seduta dell'11.12.2003, escludeva quelle ritenute irregolari, fra cui l'offerta della Vettore costruzioni s.r.l. perché "la certificazione SOA presentata non attesta il possesso della dichiarazione della presenza di elementi significativi e correlati del sistema di qualità aziendale, ai sensi dell'art. 8 comma 3, lett. b) della legge n. 109/94 e 2, comma 1 lettera r) e art. 4 del DPR n. 34/2000 come richiesto al punto 2) del disciplinare di gara e previsto a pena di esclusione". Indi, fissata la soglia di anomalia al - 11,291% ai sensi dell'art. 21, co. 1-bis della L. n. 109/94, nella stessa seduta disponeva l'aggiudicazione provvisoria alla controinteressata, che aveva offerto il ribasso dell'11,18%. Seconda si classificava l'impresa Barbato s.r.l., con il ribasso del 10,906%.

Contro siffatte determinazioni insorge con il ricorso in epigrafe la stessa impresa Barbato dopo avere verificato (conosciuta l'offerta della Vettore s.r.l.), che, se tale ditta fosse stata ammessa, l'offerta migliore sarebbe risultata la sua. A sostegno del gravame essa deduce, con l'unico motivo, violazione dell'art. 6 della L. n. 241/90, e degli art. 43 e 16 del D.P.R. 28.12.2000 n. 445; eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà, travisamento dei fatti e carenza di istruttoria e di motivazione.

Si sostiene che l'impresa Vettore non doveva essere esclusa, avendo la stessa fatto presente che era in realtà in possesso della dichiarazione della presenza degli elementi significativi e correlati del sistema di qualità aziendale poiché, pur essendo l'adempimento previsto a pena di esclusione, nella fattispecie andava applicata la disposizione generale di cui all'art. 6 della L. n. 241/90, in forza del quale il responsabile del procedimento è tenuto ad accertare d'ufficio i fatti e i presupposti, in particolare chiedendo la rettifica di dichiarazioni erranee o incomplete. Ma anche disposizioni di settore -come l'art. 28 della direttiva 93/37/CEE del 14.6.93 prevedono che l'impresa venga invitata a completare i certificati e i documenti presentati. Anche se nella specie si tratta di appalto sotto soglia, va applicato detto principio siccome espressivo di quello generale sopra richiamato, sicché va disposta l'integrazione documentale, al fine di verificare l'esistenza del requisito richiesto per l'individuazione del contraente preferibile, onde evitare che carenze della documentazione di ordine meramente formale limitino la massima partecipazione alla gara. Nel caso di specie si trattava, infatti, semplicemente di integrare l'attestazione SOA.

Depone in tal senso anche l'art. 43 del D.P.R. n. 445/2000, che esclude che la P.A. richieda atti o certificati concernenti stati o qualità personali ecc. che siano attestati in documenti già in suo possesso. Del resto la Vettore s.r.l. aveva dichiarato di essere in possesso del requisito in questione, e ciò era facilmente accertabile dal comune, tanto più che essa si era aggiudicato altro appalto in relazione al quale era richiesto il medesimo requisito. Inoltre, la previsione di esclusione del disciplinare, riferita a tutta una serie di documenti, era generica e non specificamente dettata in relazione al documento in questione, ed equivalente a una clausola di stile. Infine, non viola la par

condicio fra i concorrenti l'integrazione della documentazione già depositata, siccome riferita non agli atti di gara, ma a situazioni di fatto preesistenti.

Si è costituito il Comune, instando per il rigetto del gravame ed eccependo con successiva memoria in primis inammissibilità per carenza di interesse non avendo provato la ricorrente che essa sarebbe risultata aggiudicataria, essendo ignota l'offerta della Vettore s.r.l. Nel merito eccepisce l'infondatezza, ricordando che erano chiare le disposizioni del disciplinare che comminavano l'esclusione per le carenze documentali come quella in discussione, con la conseguenza che la stessa non poteva non essere esclusa dalla gara. Inoltre l'incompletezza riscontrata è tutt'altro che formalistica, riguardando il possesso di requisiti richiesti dalla legge. Né è applicabile l'art. 6 invocato alla peculiare materia delle procedure concorsuali ad evidenza pubblica, dovendo il potere di integrazione documentale assicurare un ragionevole punto di equilibrio tra l'esigenza di massima partecipazione alla gara e la protezione delle imprese concorrenti che hanno puntualmente rispettato le prescrizioni del bando. Infine, il requisito in questione non era richiesto dal bando relativo al diverso appalto di cui è risultata aggiudicataria la Vettore s.r.l.

Resiste anche la Brandolin s.r.l. eccependo inammissibilità sotto diversi profili (omessa impugnazione del disciplinare, che non poteva essere disapplicato dalla stazione appaltante; omessa impugnazione del verbale di gara contenente l'esclusione della Vettore s.r.l.; omessa impugnazione delle esclusioni delle altre imprese pretermesse per ragioni analoghe; omessa indicazione del ribasso offerto dall'impresa Vettore). Nel merito eccepisce infondatezza con argomentazioni analoghe a quelle svolte dal Comune resistente.

L'impresa Brandolin ha, indi, proposto ricorso incidentale condizionato, impugnando l'ammissione alla gara dell'impresa Barbato, e, in via subordinata, l'esclusione dell'impresa Setten Genesisio s.r.l., il bando e il disciplinare di gara. In via ulteriormente subordinata si impugna l'esclusione delle imprese: Pa. Co. - Pacifico costruzioni S.p.A.; Gherardi ing. Giancarlo s.r.l.; Gino Nicolini s.r.l.; ATI Italdrill s.r.l. e B.E.T.S. s.r.l. In via subordinata all'accoglimento del ricorso principale si chiede il risarcimento dei danni subiti e subendi.

La mancata esclusione della ricorrente principale viene fatta valere sotto il profilo della mancata dichiarazione di versare nella situazione di controllo rispetto alla VEBAR s.r.l. (società controllata da altro concorrente), per non avere chiarito se essa fosse controllante o controllata. L'esclusione di Setten Genesisio s.r.l., avvenuta per motivi analoghi, viene impugnata perché, conosciuta l'offerta di questa, l'ammissione della stessa condurrebbe a confermare l'aggiudicazione ad essa ricorrente incidentale (con conseguente carenza di interesse in relazione al ricorso principale). Ulteriori argomenti vengono, poi, adottati anche a sostegno della dedotta illegittimità, in via ulteriormente subordinata, dell'esclusione delle altre ditte menzionate (per incompletezza di documenti o dichiarazioni), nonché delle disposizioni del disciplinare e del bando che la prevedevano.

Con ordinanza cautelare n. 166 del 25.2.2004, ritenendo attendibile la tesi della doverosità dell'integrazione documentale, è stata accolta la domanda di sospensione dal provvedimento impugnato. Indi, aperta alla relativa camera di consiglio l'offerta dell'impresa Vettore, è stata ordinata -in accoglimento di apposita istanza istruttoria formulata dalla P.A. resistente- l'apertura delle buste contenenti le offerte delle imprese: Setten Genesisio s.r.l.; Pacifico Costruzioni S.p.A.; Gino Nicolini s.r.l.; Gherardi ing. Giancarlo s.r.l.; ATI Italdrill s.r.l. - B.E.T.S. s.r.l., e il conseguente espletamento delle operazioni di cui all'art. 21, comma 1-bis della L. n. 109/94.

In esecuzione di tale ordinanza istruttoria il Comune svolgeva detti incombenzi l'8.6.2004, depositando apposita memoria con la quale si eccepisce inammissibilità del ricorso principale per difetto di legittimazione a far valere l'illegittimità dell'esclusione di imprese terze, che solo queste sono legittimate ad impugnare, citando recente giurisprudenza in tal senso (TAR Napoli Sez. 1[^], n. 2835/2004). Viene, quindi, criticato l'orientamento recepito con la menzionata ordinanza di questa sezione, sulla scorta di cospicua giurisprudenza di senso contrario. La stessa P.A. resistente ha anche depositato una dichiarazione dell'impresa Vettore s.r.l. in data 12.3.2004 con la quale costei dichiara di accettare il provvedimento di esclusione e di rinunciare a sollevare contestazioni al riguardo, ed anzi di revocare la propria offerta.

E' seguita una corposa memoria della controparte, ove, analogamente, si contesta l'orientamento assunto con l'ordinanza cautelare di questa Sezione (del resto in contrasto con altro indirizzo giurisprudenziale), che presenta il rischio che le gare possano essere pilotate, e si richiama l'acquiescenza all'esclusione dalla gara manifestata dalla Vettore s.r.l., donde l'inammissibilità del ricorso principale.

E' seguita, infine, una memoria con la quale parte ricorrente replica al ricorso incidentale e alle eccezioni avversarie, soggiungendo che nessun rilievo riveste il ritiro dell'offerta della Vettore, successiva alla gara, essendo qui in contestazione la legittimità della sua esclusione, in caso di accoglimento dovendo riaprirsi il procedimento, con l'invito all'integrazione documentale.

All'udienza i difensori comparsi hanno insistito sulle rispettive conclusioni, dopo di che la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

1- Il Collegio ritiene, dopo attenta riflessione, che il ricorso principale all'esame sia da considerare inammissibile sotto diversi profili, nonostante che l'andamento della fase cautelare e di quella istruttoria che è seguita potessero indurre a propendere per la soluzione contraria.

Nel presente giudizio si pongono, invero, non poche questioni di diritto concernenti aspetti delicati e fondamentali tanto delle procedure concorsuali relative agli appalti pubblici, quanto in ordine a profili squisitamente processuali, del resto tipici, prevalentemente, dei giudizi che si innestano su tale materia. Si tratta di questioni di difficile apprezzamento, ciò che è dimostrato anche dalla contrastante e travagliata giurisprudenza che si viene formando sulle stesse questioni (riportata dalle parti in causa), segnatamente in relazione alla legittimazione -o meno- di un'impresa partecipante a una gara a evidenza pubblica ad impugnare l'esclusione di altra impresa concorrente che non ha contestato la sua esclusione, e in ordine alla possibilità dell'integrazione di documenti incompleti o lacunosi presentati a corredo della domanda di partecipazione e dell'offerta. A talune di dette questioni, peraltro, si accennerà soltanto in via incidentale, nei limiti di in cui ciò sarà necessario ai fini del decidere.

2- La prima questione che si presenta all'esame del Collegio -perché di carattere veramente preliminare, siccome attinente alla legittimazione ad agire della ricorrente principale- attiene (come già accennato) alla legittimazione ad impugnare l'esclusione di imprese diverse da quella ricorrente, al fine di far valere il proprio interesse all'aggiudicazione dell'appalto, allorché l'esclusione stessa non sia stata contestata giudizialmente delle imprese escluse, come accade nel caso di specie. All'interno di tale tema si pone, poi -particolarmente nel contenzioso che ne occupa- quella che non si saprebbe definire altrimenti che come "facoltà di scelta" (quando le esclusioni siano più d'una) delle imprese escluse, a seconda della convenienza che le rispettive offerte vengano o meno inserite nel calcolo di cui all'art. 21, comma 1-bis, in vista della migliore collocazione dell'offerta della ricorrente.

Si tratta, in verità, di questione che si può considerare assorbita nel caso di specie, per quello che si dirà di qui a poco. Per ora ci si può limitare a rilevare la forte opinabilità della tesi che ritiene sussistere la legittimazione ad agire in ipotesi del genere. Si veda, al riguardo TAR Napoli, 1^a Sez., n. 2835/2004 (emessa nella camera di consiglio del 3-11.12.2003), ove, fra l'altro si dice che solo le imprese non ammesse potevano impugnare gli atti di gara, cosicché "tale legittimazione non è spendibile da altri soggetti per una finalità processuale propria, che rischia, tra l'altro, di tradursi in una manipolazione ad hoc della graduatoria attraverso l'impugnazione delle sole esclusioni <convenienti>", soggiungendosi che l'impugnazione costituisce esercizio dell'interesse legittimo di cui sono titolari solo gli esclusi e che semmai il concorrente che si ritenga leso dal calcolo della media può avvalersi dell'interesse strumentale all'annullamento dell'intera gara, e non certo agire per la riammissione di altri concorrenti acquiescenti nei confronti dell'esclusione), donde i dubbi di ammissibilità del ricorso principale all'esame sotto tale profilo.

Il fatto che l'adesione alla tesi della legittimazione possa sembrare implicita nella posizione assunta dalla sezione con l'emissione dell'ordinanza di accoglimento della domanda di sospensione dell'impugnata aggiudicazione provvisoria non pare determinante, stante il notorio carattere di delibazione sommaria della materia del contendere propria della fase cautelare.

3.1- D'altra parte, il ricorso deve ritenersi inammissibile sotto altri e più decisivi profili.

Ed invero va in primo luogo condivisa l'eccezione, mossa da entrambe le parti avversarie, di omessa indicazione del ribasso offerto dall'impresa Vettore s.r.l. (di cui si lamenta l'esclusione dalla gara) e, di conseguenza, mancata dimostrazione che essa ricorrente principale sarebbe divenuta aggiudicataria considerando l'offerta dell'impresa esclusa. In verità, la ricorrente ha espresso un simile assunto; ma si tratta soltanto di un'affermazione, non sorretta da elementi a comprova, tanto è vero che non viene specificata nel ricorso l'offerta della Vettore s.r.l. Dunque, la ricorrente principale non ha fornito la c.d. prova di resistenza, necessaria per radicare il suo interesse ad agire.

3.2- Altra eccezione che viene mossa dalla controinteressata riguarda l'omessa impugnazione del disciplinare di gara relativamente a quei punti ove si comminava esplicitamente l'esclusione per la mancata presentazione della dichiarazione di cui all'art. 2, lettera r) del D.P.R. n. 34/2000. Vero è che il disciplinare medesimo, fin dalla prima pagina precisa che nella busta "A" debbono essere inseriti, "a pena di esclusione" (dicitura evidenziata in neretto) una serie di documenti, fra cui -n. 2- l'attestazione SOA con la dichiarazione della presenza di elementi significativi e correlati del sistema di qualità aziendale... (ancora una volta in neretto). In fine all'elencazione (a pag. 5, con la specificazione del documento di cui al n. 2) si ribadisce che i documenti andavano inseriti nella busta a pena di esclusione.

Orbene, poiché l'esclusione dell'impresa terza è avvenuta in dichiarata applicazione di dette disposizioni della lex specialis di gara, si deve convenire che non potevano formularsi censure in ordine all'applicazione delle stesse senza impugnare il disciplinare in parte qua. Né si può dire -come fa la ricorrente principale nella memoria conclusionale- che si trattava di previsione generica e a-specifica, non riguardante in particolare l'ipotesi di mancata presentazione della dichiarazione appena menzionata, poiché le disposizioni, come si è mostrato poc'anzi, sono affatto inequivoche, e non potevano essere disapplicate dalla commissione di gara, secondo i noti principi, come pure excepto ex adverso.

L'eccezione pertanto è fondata, con la conseguenza che il ricorso deve ritenersi inammissibile sotto questo profilo.

3,3- E' stato anche excepto che l'impresa della cui esclusione si duole la ricorrente principale ha prestato acquiescenza all'esclusione. La P.A. resistente ha prodotto una nota di provenienza della Vettore s.r.l., pervenuta al Comune in data 17.3.2004, ove detta impresa dichiara (come ricordato nella narrativa in fatto) di accettare l'esclusione dalla gara in discussione, di rinunciare a qualsiasi contestazione al riguardo, e di ritirare l'offerta a suo tempo formulata.

Ora, vero è -come osservato dal patrocinio ricorrente- che si tratta di accadimento successivo allo svolgimento della gara, sul cui esito detta dichiarazione non dovrebbe influire, essendo del tutto irrilevante. Tuttavia, posto che lo stesso patrocinio concede che l'effetto di un eventuale accoglimento nel merito del ricorso principale sarebbe che la stazione appaltante dovrebbe richiedere all'impresa già esclusa l'integrazione documentale di cui è causa, non pare corretto sostenere che la rinuncia a partecipare alla gara, sia pure intervenuta successivamente al suo svolgimento, possa rimanere senza effetti su quel troncone di procedimento concorsuale che dovrebbe essere ripresa in caso di accoglimento, appunto con l'invito alla Vettore produrre la dichiarazione di cui all'art. 2, lettera r) del D.P.R. n. 34/2000.

La verità è che, assestatesi così le cose nelle more del giudizio, un eventuale accoglimento nel merito del ricorso principale non arrecherebbe alcun vantaggio alla ricorrente, dal momento che l'offerta dell'impresa Vettore non potrebbe essere presa in considerazione non tanto per la rinuncia in sé a partecipare alla gara, quanto perché, se non più interessata alla gara, non presenterebbe quella integrazione documentale di cui si è discusso.

Conclusivamente, il ricorso principale, per le ragioni su esposte, deve considerarsi inammissibile. Conseguenzialmente diviene superflua ogni pronuncia sul ricorso incidentale condizionato proposto dalla controinteressata.

In considerazione della complessità e opinabilità di talune delle questioni trattate, possono compensarsi integralmente fra le parti le spese ed onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sezione prima, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, respinta ogni contraria domanda ed eccezione, lo dichiara inammissibile.
Assorbita ogni pronuncia sul ricorso incidentale.
Compensa integralmente fra le parti le spese e onorari di giudizio.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Venezia, in camera di consiglio, addì 17 giugno 2004.

SENTENZA DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 23/07/2004

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

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)