



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 il Lazio

(Sezione Prima Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7775 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Ditta Marcelli di Marcelli Alessandro, rappresentata e difesa dall'avv. Flavio Takanen, con domicilio eletto presso Flavio Takanen in Roma, via Cola di Rienzo, 149;

contro

Ministero della Difesa, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

della nota del 9.8.2010 protocollo URP 0010878, con la quale si comunicava a mezzo fax alla ditta ricorrente, l'esclusione effettuata dalla Gara291 UE, bandita l'11.6.2010, per la fornitura di n. 3 battelli

pneumatici con chiglia in VTR da 7,10 completi di motore entrofuoribordo con piede poppiero ed eliche controrotanti, codice CIG 04861439E2, importo IVA esclusa Euro 420.000, emesso dal Ministero della Difesa, Direzione Generale degli armamenti navali, I reparto - 2° Divisione.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 marzo 2011 il dott. Domenico Landi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con atto notificato il 7 settembre 2010, depositato nei termini, la Ditta Marcelli di Marcelli Alessandro ha chiesto l'annullamento, previa sospensione, della nota del 9 agosto 2010 prot. URP0010878 con la quale si comunicava alla Ditta ricorrente l'esclusione dalla Gara 291UE, bandita l'11 giugno 2010, per la fornitura di n. 3 battelli pneumatici con chiglia in VTR da m.7,10 completi di motore entrofuoribordo con piede poppiero ed eliche controrotanti, poiché, a detta della Stazione appaltante, "la dichiarazione sostitutiva concernente i requisiti dell'art. 38, comma 1, del decreto legislativo

163/2006 e successive modificazioni è risultata carente per l'omissione della dichiarazione relativa alle lettere m-ter ed m-quater"; con il medesimo atto si chiede anche l'annullamento del verbale n. 2V/D/02/10 del 4 agosto 2010 della Commissione di gara con il quale si disponeva la suddetta esclusione, nonché del successivo provvedimento di conferma dell'esclusione in seguito all'istanza di riesame presentata dalla ditta ricorrente.

A sostegno del gravame vengono dedotte le seguenti censure:

1) Violazione di legge: la ditta Marcelli è in possesso di tutti i requisiti di cui all'art. 38 D. L.vo n.136/2001 cui la stessa disposizione subordina il provvedimento di esclusione.

Si sostiene che in mancanza di una espressa disposizione l'esclusione di una ditta effettivamente in possesso di tutti i requisiti di legge per un motivo formale come l'omesso richiamo ad alcuna delle lettere di cui al suddetto art. 38, comma 1, non sarebbe legittima.

2) Violazione di legge ed abuso di potere: il termine per la presentazione della dichiarazione sostitutiva è un termine ordinatorio posto dal bando di gara, non espressamente sanzionato con l'esclusione.

3) Violazione della lex specialis: la ditta Marcelli ha effettivamente presentato la dichiarazione contestata di cui alle lettere m-ter ed m-quater attestando il possesso di tutti i requisiti di cui all'art.38 D. L.vo n. 163/2006.

4) Violazione di legge, poiché essendo le lettere m-ter ed m-quater in

realità delle sottolettere, la dichiarazione specifica sulle stesse non era obbligatoria se la ditta non si trovava in tale situazione.

5) Violazione di legge, la ditta Marcelli attestando il possesso dei requisiti di legge, ha posto un principio di prova in ordine agli stessi e, essendovi il dubbio circa il loro possesso, la stazione appaltante doveva fare uso del dovere-potere di integrazione documentale di cui all'art. 46 del D. L.vo n. 163/2006.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata a mezzo dell'Avvocatura Generale dello Stato, la quale contesta le ragioni dell'impugnativa ed insiste per il rigetto del ricorso siccome infondato.

Alla Camera di Consiglio del 23 settembre 2010 l'istanza incidentale di sospensione è stata respinta con ordinanza n. 4165/2010 confermata in grado di appello dal Consiglio di Stato nella Camera di Consiglio del 26 ottobre 2010, così come sarà specificato in motivazione.

Con successivi motivi aggiunti notificati il 6 dicembre 2010, la ditta Marcelli ha chiesto l'annullamento del provvedimento prot. n. 4/12/0013068/G291 del 6 ottobre 2010 della Direzione Generale per gli Armamenti Navali, nella parte in cui, preso atto dell'accoglimento dell'istanza di sospensione da parte del Consiglio di Stato con decreto presidenziale del 4 ottobre 2010, posticipava l'apertura della gara al giorno 4 novembre 2010 nelle more della decisione del Consiglio di Stato sul ricorso in appello proposto dalla

Ditta ricorrente, nonché nella parte in cui disponeva che “codesta ditta riceverà l’invito a gara a seguito della discussione dell’istanza cautelare che avrà luogo il giorno 26 ottobre 2010”; con il medesimo ricorso per motivi aggiunti la Ditta Marcelli ha chiesto l’annullamento del successivo provvedimento di aggiudicazione definitiva dell’appalto alla ditta Arimar s.p.a., nonché la condanna del Ministero della Difesa al risarcimento dei danni scaturiti dalle attività provvedimentali oggetto di impugnativa.

Si sostiene da parte ricorrente che l’Amministrazione, in esecuzione del decreto presidenziale cautelare n. 4548/2010 adottato “inaudita altera parte”, avrebbe dovuto disporre la sua ammissione alla gara con riserva, piuttosto che sospendere l’intera gara in attesa della definitiva decisione sull’appello cautelare.

Avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva vengono riproposte le doglianze di cui al ricorso originario che vengono ulteriormente sviluppate.

Alla pubblica udienza del 2 marzo 2011 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Oggetto della presente impugnativa sono i provvedimenti adottati dall’Amministrazione della Difesa con i quali si è disposta l’esclusione della Ditta ricorrente dalla gara di cui è causa per l’omessa indicazione nella dichiarazione sostitutiva concernente i requisiti dell’articolo 38, primo comma, del D. L.vo n. 163/2006,

della insussistenza delle cause di esclusione previste dalla suddetta disposizione normativa lettere “m-ter” ed “m-quater”.

Con la prima censura dedotta parte ricorrente lamenta l’illegittimità della disposta esclusione in quanto la Ditta Marcelli sarebbe in possesso di tutti i requisiti di legge e, pertanto, non poteva essere esclusa per un motivo formale.

La doglianza non si appalesa fondata.

Va, infatti, osservato che, secondo una giurisprudenza del giudice di secondo grado, dalla quale il Collegio non rinviene alcuna valida ragione per discostarsene, nelle procedure di aggiudicazione di contratti per la pubblica amministrazione, la stazione appaltante è tenuta ad applicare in modo rigoroso le clausole inserite nella lex specialis relative ai requisiti di partecipazione ed alle cause di esclusione, atteso che il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure di gara risponde, da un lato, ad esigenze pratiche di certezza e celerità, e dall’altro, alla necessità di garantire l’imparzialità dell’azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti (cfr. CONS. STATO – SEZ.IV – n. 2435/2009 – SEZ.IV – n. 4644/2007).

Nel caso in esame, l’esclusione della Ditta ricorrente discende dalla mancata attestazione, mediante autocertificazione, del possesso dei requisiti di cui all’art. 38 sopracitato per cui la stessa appare del tutto legittima, così come ha rilevato anche il Consiglio di Stato in sede di esame del ricorso in appello avverso l’ordinanza di questa Sezione di

rigetto della istanza cautelare proposta da parte ricorrente, nella cui ordinanza, con la quale si respinge l'appello, si precisa che nel caso di specie "non si tratta di una indicazione sintetica del possesso dei requisiti, ma di una elencazione analitica, carente di parte delle attestazioni dovute".

Può, pertanto, concludersi sul punto, nel senso che l'esclusione non è stata disposta per ragioni meramente formali, bensì nel rispetto della procedura di gara nella quale il rispetto delle formalità assume un rilievo pregnante proprio al fine di garantire la par condicio tra i concorrenti.

Anche la seconda censura dedotta con la quale si sostiene che il termine per la presentazione della dichiarazione sostitutiva avrebbe carattere ordinatorio, non espressamente sanzionato con l'esclusione, non merita adesione.

Va, infatti osservato che la Ditta ricorrente ha omissis l'indicazione delle lettere m-ter e m-quater di cui all'art. 38, provvedendo solo successivamente, e quindi tardivamente, alla spontanea integrazione di tali dichiarazioni. Peraltro, considerato che il bando di gara, nonché lo stesso secondo comma del suddetto art. 38 prevedono l'allegazione dell'autocertificazione alla domanda di ammissione alla gara, non può essere messo in dubbio che il termine per la proposizione della seconda non può non applicarsi alla prima. Va, inoltre, precisato, in ordine alla natura dei termini fissati dal bando di gara, che gli stessi debbono intendersi come perentori, in quanto

sono rivolti a conferire certezza a tutte le fasi delle operazioni concorsuali ed a garantire la par condicio dei concorrenti (cfr. tra le tante T.A.R. LAZIO – SEZ. II – n. 3921/2006).

Con la terza e quarta censura, che possono esaminarsi congiuntamente, parte ricorrente sostiene di aver effettivamente presentato la dichiarazione contestata attestando il possesso di tutti i requisiti di cui all'art. 38 del D. L.vo n. 163/2006.

Anche queste doglianze non possono essere condivise.

Va, infatti, osservato che, per quanto concerne le autodichiarazioni di cui all'art. 38, è necessario che ogni concorrente provveda a renderle in modo analitico e non sintetico, perché altrimenti l'Amministrazione sarebbe costretta a verificare, in assenza della dichiarazione, se il ricorrente si trovi o meno in una delle situazioni ostative alla partecipazione.

Peraltro lo stesso secondo comma dell'art. 38 sopracitato, con specifico riguardo alle lettere m-ter ed m-quater, peraltro prescrive espressamente che alla domanda di partecipazione alla gara deve essere allegata una dichiarazione puntuale e non generica. Nella fattispecie ciò non si è verificato atteso che la ditta ricorrente nella dichiarazione presentata ai fini della partecipazione alla gara ha ommesso di attestare specificatamente l'insussistenza delle cause di esclusione previste dal decreto legislativo n. 163/2006 all'art. 38, primo comma, lett. m-ter e lett. m-quater.

Anche l'ultima censura dedotta con la quale si sostiene che

l'Amministrazione avrebbe dovuto fare uso del dovere-potere di integrazione documentale di cui all'art. 46 del D. L.vo n. 163/2006, non merita adesione, atteso che l'applicazione di tale norma non può trovare ingresso nel caso di specie atteso che le dichiarazioni di cui alle lettere m-ter e m-quater costituivano parte integrante della domanda di partecipazione, per cui la loro omissione rende la domanda stessa priva di un elemento essenziale, che non può essere regolarizzata successivamente ostandovi il principio del rispetto della par condicio tra i concorrenti e non potendo la regolarizzazione riguardare elementi essenziali della domanda (cfr. CONS. STATO – SEZ.V – n. 6684/2002).

Anche le ulteriori censure dedotte nei motivi aggiunti notificati il 6 dicembre 2010 non si appalesano fondate.

In ordine alla affermazione di parte ricorrente che l'Amministrazione, in esecuzione del decreto presidenziale cautelare n. 4548/2010, adottato dal Consiglio di Stato inaudita altera parte, avrebbe dovuto disporre la sua ammissione con riserva alla gara, in attesa della definitiva pronuncia in ordine all'appello cautelare, la stessa non può essere condivisa atteso che il suddetto decreto non disponeva la riammissione con riserva della ditta ricorrente alla gara in pendenza dell'appello che, come detto, si risolveva in senso negativo per la stessa ditta. Va, pertanto, osservato che correttamente l'Amministrazione ha disposto il differimento dell'apertura delle offerte, già fissata per il 14 ottobre 2010, ad una data successiva alla

pronuncia sull'appello cautelare discusso nella Camera di Consiglio del 26 ottobre 2010. Ciò comporta la piena legittimità del provvedimento emesso in data 6 ottobre 2010 di sospensione della procedura di gara.

In merito alle ulteriori doglianze rivolte a contestare anche il provvedimento di aggiudicazione definitivo dell'appalto alla Società controinteressata, va precisato che le stesse involgono profili di illegittimità derivata dal provvedimento di esclusione dalla gara della ditta ricorrente, ed hanno formato oggetto di esame in sede di ricorso introduttivo per cui si rimanda alle considerazioni ivi espresse.

Per quanto concerne la domanda risarcitoria la stessa non va esaminata alla luce della accertata e dichiarata legittimità del provvedimento di esclusione dalla gara della ditta ricorrente.

Conclusivamente il ricorso va respinto, mentre le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la Società ricorrente al pagamento, in favore dell'Amministrazione resistente, delle spese

del presente giudizio che liquida in complessivi Euro 2.000,00 (duemila).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Giancarlo Luttazi, Consigliere

Domenico Landi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/05/2011

IL SEGRETARIO

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