



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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9645 del 2008, proposto da:
Geom Ricciardello Costruzioni Srl, Fedele Santo Srl, Progineer Srl;
rappresentate e difese dall'avv. Domenico Iofrida, con domicilio
eletto presso Simone Ciccotti in Roma, via L. Caro, 62;

contro

Soc Anas Spa, rappresentata e difesa dall'Avvocatura dello Stato,
domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

ESCLUSIONE DALLA GARA PA 40/07 RELATIVA
ALL'AFFIDAMENTO DEI LAVORI DI SISTEMAZIONE ED
ADEGUAMENTO DELLA SS 284 OCCIDENTALE ETNEA -
(23 BIS)

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Soc Anas Spa;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 giugno 2012 il dott. Cecilia Altavista e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L' Anas, con bando pubblicato il 28-12-2007, ha indetto una procedura ristretta per l'affidamento della progettazione esecutiva e ed esecuzione dei lavori relativi alla SS Occidentale Etnea dal Km 10+000 all'abitato di Bronte, per un importo complessivo pari a euro 31.170.505,46.

A seguito della fase di prequalifica è stata inviata anche la s.r.l. Ricciardello.

La lettera di invito prevedeva espressamente, alla lettera b) che entro il termine di presentazione delle offerte, 5-8-2008, avrebbe dovuto essere consegnato il plico contenente quattro buste con la relativa espressa dicitura all'esterno : 1) documentazione amministrativa; 2) offerta tecnica; 3) offerta economica; 4) giustificazioni.

Il punto C2 della lettera di invito prevedeva, altresì, espressamente, che, all'interno della busta contenente la documentazione amministrativa, dovesse essere posta una ulteriore busta contenente "documentazione per il sorteggio" con: per l'impresa esecutrice o

raggruppamento di imprese esecutrici: dichiarazione attestante il conseguimento di una cifra d'affari in lavori svolti mediante attività diretta e indiretta, non inferiore a tre volte l'importo a base di gara corredata dei bilanci relativi all'ultimo quinquennio; per il prestatore di servizi di progettazione dichiarazione attestante il fatturato globale degli ultimi cinque esercizi; certificazioni relative all'espletamento degli ultimi dieci anni dei servizi di progettazione appartenenti ad ognuna delle classi e delle categorie da progettare richieste al punto II.2.1 e III.2.3 lettera f) del bando; estratti dei libri matricola dell'ultimo triennio.

Il bando prevedeva le seguenti di categorie di progettazione: VI b; I g ; III c; ai sensi del punto III.2.3 lettera f) era richiesto, quale requisiti di capacità tecnica, l'espletamento negli ultimi dieci anni per ogni classe e categorie superiore a tre volte l'importo stimato dei lavori da progettare.

Era previsto altresì espressamente che la busta relativa alla documentazione per il sorteggio sarebbe stata aperta solo per i concorrenti estratti per i controlli di cui all'art 48 del d.lgs. 163 del 2006.

La società Ricciardello partecipava con la Fedele Santo Srl e la Progineer Srl, quali progettisti.

A seguito del sorteggio, ai sensi dell'art 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, si procedeva alla verifica della documentazione della Ricciardello, Fedele Santo Srl, Progineer Srl, riscontrando che per i progettisti

Fedele Santo e Proginer mancavano le certificazioni relative a tutte le categorie previste dal bando. In particolare relative al requisito richiesto per la categoria VI b.

Pertanto la Commissione procedeva all'esclusione del raggruppamento.

Avverso tale provvedimento e avverso la lettera di invito è stato proposto il presente ricorso per i seguenti motivi:

violazione degli artt 42 e 48 del d.lgs. 163 del 2006 e del principio della massima partecipazione.

Si è costituita l'Anas contestando la fondatezza del ricorso.

Alla camera di consiglio del 12 novembre 2008 è stata respinta la domanda cautelare di sospensione del provvedimento impugnato.

All'udienza pubblica del 20 giugno 2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Si può prescindere dalla valutazione dell'attualità dell'interesse a ricorrere, non risultando impugnata la aggiudicazione della gara, in relazione alla infondatezza delle censure proposte.

Sostiene la difesa ricorrente la illegittimità del provvedimento di esclusione, in quanto erano comunque presenti agli atti di gara le autocertificazioni rese anche in sede di prequalifica, e, comunque, la illegittimità della clausola del bando, che richiedeva la presentazione della documentazione per il sorteggio insieme alla presentazione dell'offerta.

Tali argomentazioni non possono essere condivise.

Ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 le stazioni appaltanti, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Le stazioni appaltanti, in sede di controllo, verificano il possesso del requisito di qualificazione per eseguire lavori attraverso il casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10.

Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'art. 6 comma 11. L'Autorità dispone altresì la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento .

Con il cd. terzo correttivo, d.lgs. 152 del 2008, è stato introdotto un comma 1 bis che ha previsto espressamente per le procedure ristrette che le stazioni appaltanti richiedano, contemporaneamente alla

presentazione dell'offerta, il deposito della documentazione per comprovare i requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria :
“Quando le stazioni appaltanti si avvalgono della facoltà di limitare il numero di candidati da invitare, ai sensi dell'articolo 62, comma 1, richiedono ai soggetti invitati di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando, in sede di offerta, la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito in originale o copia conforme ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. Non si applica il comma 1, primo periodo” .

La disposizione dell'art 48, primo comma, trova la sua ratio nella garanzia delle effettività del possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnica, in sede di offerta semplicemente autodichiarati.

E' evidente, dunque, che in questa fase della verifica a seguito del sorteggio, tali requisiti debbano essere concretamente provati e non solamente autodichiarati.

Essendo questa la ratio della norma, in sede di sorteggio non è possibile ricorrere alla integrazione documentale con le autocertificazioni già in possesso della stazione appaltante, perdendo di senso, altrimenti, la funzione stessa della verifica tra tutti i partecipanti a seguito del sorteggio.

Infondate sono, quindi, anche le censure, proposte dalla difesa

ricorrente, relative alla verifica sul possesso dei requisiti nei confronti di soggetti non aggiudicatari.

Infatti, l'articolo 48 prevede il sorteggio proprio per presidiare la correttezza delle autodichiarazioni rese in sede di domanda di partecipazione.

A conferma di tale interpretazione, il secondo comma dell'art 48 prevede, infatti, la verifica per l'aggiudicatario ed il secondo in graduatoria, ma in un momento successivo, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, "qualora non siano compresi tra i concorrenti sorteggiati".

Da tale ultima disposizione deriva, altresì, che il tipo di verifica effettuato a seguito del sorteggio è il medesimo svolto rispetto all'aggiudicatario e al secondo classificato, proprio sull'effettivo possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economico finanziaria dichiarati in sede di domanda di partecipazione.

La giurisprudenza è costante nel ritenere che la ratio dell'art. 48 d.lgs. n. 163 del 2006 vada individuata nel contemperamento del principio del libero accesso alle gare, con la garanzia che vi partecipino imprese affidabili. La finalità è quella di responsabilizzare i partecipanti e di escludere da subito i soggetti privi delle richieste qualità volute dal bando, che, per il solo fatto di partecipare senza titolo, alterano, di per sé, la gara quantomeno per un aggravio di lavoro della commissione di gara, chiamato a vagliare anche concorrenti inidonei, con le relative questioni innescabili (Consiglio

di Stato, Sez. V, sent. n. 6239 del 24-11-2011).

L'art. 48 d.lgs. n. 163/2006 è preordinato ad assicurare il regolare e rapido espletamento della procedura di gara e la tempestiva liquidazione dei danni prodotti dalla alterazione della stessa a causa della mancanza dei requisiti da parte dell'offerente, di modo che esso risulta strumentale rispetto all'esigenza di garantire imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa. Tale disposizione richiede, dunque, che le imprese sorteggiate "comprovino" entro dieci giorni dalla data della richiesta il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. La sanzione conseguente alla mancata produzione della prova sul possesso dei requisiti ovvero ad una documentazione che non confermi detto possesso (o non comprovi le dichiarazioni in precedenza rese) è l'esclusione dalla gara (con conseguente incameramento della cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità garante per i provvedimenti di sua competenza) (Consiglio di Stato, Sez. IV, sent. n. 810 del 16-02-2012).

Nè può invocarsi rispetto al momento della verifica dei requisiti il potere di integrazione documentale di cui all'art 46 del d.lgs n. 163 del 2006.

L'art. 46 e l'art. 48 d.lgs. n. 163/2006 rispondono, infatti, a presupposti e finalità differenti: l'art. 46, tende a delimitare, in

ossequio al principio della massima partecipazione, le ipotesi di esclusione delle imprese dalle gare, per il tramite della possibilità di completare o fornire chiarimenti; l'art. 48, invece, al fine di tutelare la correttezza e speditezza del procedimento di gara, tende a preservare la gara stessa dalla partecipazione di imprese non adeguate, per mancanza dei requisiti richiesti, all'oggetto della gara, e sanziona il comportamento dell'impresa che non fornisce o fornisce in modo insufficiente elementi idonei a confermare il possesso dei requisiti, di modo che tale evenienza tanto può riferirsi a requisiti la cui mancanza è già prevista a pena di esclusione, tanto ad altri requisiti per i quali tale previsione non sussiste (Consiglio di Stato, sez. IV, sent. n. 810 del 16-02-2012).

Inoltre, la giurisprudenza è, altresì, costante nel ritenere che il termine entro il quale l'impresa offerente, sorteggiata a campione per il controllo in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, è tenuta ad ottemperare alla richiesta della stazione appaltante, abbia natura perentoria, e le sanzioni conseguenti alla sua inosservanza non vanno applicate solo in caso di comprovata impossibilità per l'impresa di produrre la documentazione non rientrante nella sua disponibilità (Consiglio di Stato Sez. V, sent. n. 8739 del 13-12-2010).

Si tratta di un termine perentorio, a pena d'esclusione ex lege, quindi, non governabile a discrezione dalla stazione appaltante per quanto attiene alla durata in sé, né all'autonoma facoltà di valutazione circa la

scusabilità di errori od omissioni da parte dell'impresa sorteggiata. Tale termine è suscettibile di proroga, ma solo con atto espresso e motivato della stazione appaltante, a fronte di un'altrettanto esplicita richiesta dell'impresa che dimostri un impedimento oggettivo e non ad essa imputabile ad adempiere e sempre che la relativa istanza sia prodotta prima della scadenza del termine stesso (cfr., Cons. St., VI, 15 giugno 2009 n. 3804; 13 dicembre 2010 n. 8730; sez. III , 7 marzo 2011 n. 1420).

Pertanto, deve ritenersi legittima l'esclusione dalla gara dell'impresa che sia risultata carente del possesso di taluni requisiti per la partecipazione alla medesima, ex art. 48, D.Lgs. n. 163 del 2006 .

La difesa ricorrente contesta poi la legittimità della clausola prevista nella lettera di invito per cui la documentazione comprovante il possesso dei requisiti invece che nei dieci giorni dalla richiesta doveva essere depositata insieme alla offerta.

Ad avviso della difesa ricorrente, inoltre, la modifica operata dal terzo correttivo, successiva alla lettera di invito impugnata, dimostrerebbe la illegittimità della clausola, allora non consentita.

Tali argomentazioni non possono essere condivise.

E' evidente, infatti, che l'inserimento nella lettera di invito della previsione della presentazione al momento dell'offerta anche della documentazione per il sorteggio, prima della modifica prevista dal cd. terzo correttivo, doveva essere valutata in base alla discrezionalità della stazione appaltante nel predisporre la disciplina di gara.

Una tale previsione, tesa a velocizzare la procedura di gara, non può ritenersi né illogica né irragionevole, ma anzi maggiormente conforme alla specifica ratio dell'art 48, considerando anche che nelle procedure ristrette già la fase di prequalifica è stata interamente operata sulla base alle autodichiarazione dei concorrenti.

Tale specificità della procedura ristretta è la ratio della modifica normativa di cui al comma 1bis dell'art 48, modifica che, se pur non applicabile al caso di specie, è ulteriore indice della ragionevolezza della clausola posta dall'Anas nell'esercizio della propria discrezionalità.

Il ricorso è quindi infondato e deve essere respinto.

In considerazione della particolarità della questione sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso, 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 20 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Giuseppe Sapone, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/07/2012

IL SEGRETARIO

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