



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5398 del 2009, proposto da:
Emmeciauto soc. coop. a r.l., in persona del legale rappresentante
pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Corrado De Angelis,
con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Benedetta Rubbi in
Roma, via Edgardo Negri, n. 67;

contro

Provincia di Latina, in persona del Presidente pro tempore,
rappresentato e difeso dall'avv. Laura Tricerri, con domicilio eletto
presso il suo studio in Roma, via Cosseria, n. 5;

Di Mario Officine s.r.l., in persona del legale rappresentante pro
tempore, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lazio - Sezione Staccata di Latina, Sezione

I, n. 00170/2009, resa tra le parti, di reiezione del ricorso proposto da Emmeauto s.c. a r.l. per l'annullamento del provvedimento della Provincia di Latina, Settore Affari Generali, del 2.5.2008, di comunicazione della esclusione dalla gara per l'affidamento del servizio di manutenzione e riparazione automezzi dell'autoparco della Provincia, nonché per la condanna di essa Provincia al risarcimento dei danni.

Inoltre per il conseguente annullamento di detto provvedimento, del disciplinare di gara e del capitolato speciale (lettera D dell'art. 1), nonché per il risarcimento del danno da quantificarsi in € 50.000,00, oltre ad interessi e rivalutazione monetaria fino all'effettivo soddisfo.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Latina;

Viste le memorie prodotte dalla parte resistente a sostegno delle proprie difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 novembre 2011 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati De Angelis e Ferrara, per delega dell'Avv. Tricerri;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso in appello in esame la società coop. a r.l. Emmeciauto ha chiesto la riforma della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata

con la quale era stato respinto il ricorso proposto per l'annullamento del provvedimento di esclusione della società stessa dalla gara per l'affidamento del servizio di manutenzione e riparazione di automezzi dell'autoparco della Provincia di Latina (perché la documentazione presentata era carente di una delle due dichiarazioni di istituti di credito attestanti la capacità economica e la solvibilità di detta società, previste dal bando), nonché per la condanna della Provincia suddetta al risarcimento dei danni. Inoltre ha chiesto l'annullamento degli atti e la condanna in epigrafe indicati, con vittoria di spese, competenze ed onorari del presente giudizio, da distrarre a favore del procuratore antistatario.

A sostegno del gravame sono stati dedotti i seguenti motivi:

1.- Violazione di legge ed eccesso di potere, in relazione agli artt. 97 della Costituzione e 41 del d. lgs. n. 163/2006, per difetto assoluto dei presupposti applicativi, carenza di istruttoria e difetto di motivazione.

E' stato violato l'obbligo di prevedere nel bando di gara disposizioni contenenti dei temperamenti a favore delle imprese che non siano in grado, per giustificati motivi, di dare dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria previsti dall'art. 41, comma 1, del d. lgs. n. 163/2006 (mediante dichiarazione di almeno due istituti bancari) indicando meccanismi alternativi.

2.- Violazione di legge in relazione all'art. 3 della l. n. 241/1990, per difetto assoluto, illogicità e contraddittorietà di motivazione della

sentenza; carenza di istruttoria dei provvedimenti impugnati.

Il bando non conteneva menzione, né indicava criteri suppletivi di valutazione a favore di soggetti impossibilitati a rispettare la prescrizione relativa alla doverosità della presentazione delle dichiarazioni bancarie di cui trattasi. Inoltre, a causa della disposta esclusione, la appellante non ha potuto effettuare integrazioni della offerta con documentazione o dichiarazioni suppletive, peraltro non previste dal bando, con evidente carenza di motivazione al riguardo dell'atto impugnato.

Con atto depositato il 14.7.2009 si è costituita in giudizio la Provincia di Latina, che ha eccepito la improponibilità, la inammissibilità e la improcedibilità dell'appello, nonché ne ha dedotto la infondatezza, concludendo per la reiezione.

Con memoria depositata il 5.10.2011 la Provincia resistente ha eccepito la improcedibilità del gravame per non essere stato impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara de qua nonostante la stessa sia stata oggetto di comunicazione; inoltre ha dedotto la infondatezza dell'appello, concludendo per la reiezione.

Con memoria depositata il 25.10.2011 l'Amministrazione resistente ha ribadito tesi e richieste.

Alla pubblica udienza del 15.11.2011 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Con il ricorso in appello in esame la Emmeciauto s.c. a r.l. ha chiesto l'annullamento della sentenza in epigrafe specificata, con la quale è stato respinto il ricorso dalla stessa proposto contro il provvedimento di esclusione dalla gara per l'affidamento del servizio di manutenzione e riparazione di automezzi dell'autoparco della Provincia di Latina (per mancata presentazione di una delle due dichiarazioni di istituti di credito attestanti la capacità economica e la solvibilità di detta società prevista dal bando), nonché per la condanna della Provincia suddetta al risarcimento dei danni. Inoltre ha chiesto l'annullamento di detto provvedimento, del disciplinare di gara e del capitolato speciale (lettera D dell'art. 1), nonché il risarcimento del danno da quantificarsi in € 50.000,00, oltre ad interessi e rivalutazione monetaria fino all'effettivo soddisfo.

2.- Innanzi tutto la Sezione deve valutare la fondatezza della eccezione di improcedibilità dell'appello formulata dalla difesa della resistente Provincia per omessa impugnazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara de qua, nelle more intervenuto e comunicato anche all'appellante, che aveva impugnato con l'atto introduttivo del giudizio solo la sua esclusione dalla gara stessa.

Va rilevato in proposito che è da valutare improcedibile il ricorso avverso l'aggiudicazione provvisoria qualora non sia stata impugnata l'aggiudicazione definitiva, con conseguente consolidarsi degli effetti di quest'ultima, ma purché della stessa la parte ricorrente abbia avuta

cognizione (Consiglio Stato, sez. V, 20 giugno 2011, n. 3671), sussistendo un onere per le stazioni appaltanti di portare gli esiti delle procedure di gara a conoscenza dei concorrenti per mezzo di apposite comunicazioni (Consiglio Stato, sez. VI, 25 gennaio 2008 n. 213).

L'obbligo di effettuazione di detta comunicazione è prevista dall'art. 79, comma 5, del d.lgs. n. 163/2006, senza però che sia specificato cosa debba intendersi per piena conoscenza.

Ai fini della definizione della sollevata eccezione occorre dunque precisare il concetto di "piena conoscenza" rilevante ai fini del decorso del termine di decadenza, e successivamente valutare se nella fattispecie concreta lo stesso si sia configurato in occasione della avvenuta comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Ritiene la Sezione al riguardo che non basta la mera notizia della adozione di detto provvedimento e del suo carattere sfavorevole per il destinatario, occorrendo conoscerne il contenuto, per poter valutare se l'atto è illegittimo o meno.

Solo con la conoscenza del contenuto dell'atto, quindi dell'effetto lesivo, la parte può, infatti, valutare se impugnarlo o meno (Consiglio Stato, Sez IV, 08 febbraio 2007 n. 522).

La piena conoscenza del provvedimento richiede, quindi, una conoscenza estesa a tutti gli elementi dell'atto qualificabili come essenziali (quali l'autorità emanante, l'oggetto, il contenuto

dispositivo ed il suo effetto lesivo, perché tali elementi sono sufficienti a rendere il legittimato all'impugnativa consapevole dell'incidenza dell'atto nella sua sfera giuridica e a dargli la concreta possibilità di rendersi conto della lesività del provvedimento) e individuabili tramite la sua motivazione.

A conferma di detta tesi può ricordarsi che la Corte Giustizia CE sez. III, con decisione 28 gennaio 2010, C-406/08 (premesso che l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 impone agli Stati membri l'obbligo di garantire che le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile) ha stabilito che il fatto che un candidato o un offerente sia venuto a conoscenza del rigetto della sua candidatura o della sua offerta non gli consente di proporre ricorso in modo efficace. Informazioni del genere sono insufficienti per permettere al candidato o all'offerente di scoprire l'eventuale esistenza di un'illegittimità impugnabile con ricorso. Ha pertanto affermato che solamente dopo essere venuto a conoscenza dei motivi posti a base dell'atto lesivo, il candidato o l'offerente interessato potrà formarsi un'idea precisa in ordine all'eventuale esistenza di una violazione delle disposizioni in materia di appalti pubblici e sull'opportunità di proporre ricorso.

A tanto ha fatto conseguire l'assunto che l'obiettivo stabilito dall'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 (garantire ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di

appalti pubblici) può essere conseguito soltanto se i termini imposti per proporre tali ricorsi comincino a decorrere dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni.

Tanto premesso va rilevato che nel caso che occupa la Provincia di Latina, che ha eccepito la improcedibilità dell'appello per mancata impugnazione della aggiudicazione definitiva nelle more intervenute, non ha però fornito la prova che di essa alla appellante fosse stata data comunicazione tale da consentire anche la piena conoscenza del provvedimento come sopra caratterizzata.

Ha infatti dedotto la resistente che la aggiudicazione definitiva era stata oggetto di specifica comunicazione, come da allegati n. 8 ed 8 bis alla "comparsa" di primo grado, allegando anche copia del relativo contratto di affidamento.

Dall'esame di detta documentazione si desume (allegato 8) che è stato affisso all'albo pretorio della Provincia dal 3.9.2008 al 18.9.2008 avviso relativo alla aggiudicazione dell'appalto de quo da cui si evince tra l'altro, il nome e l'indirizzo della ditta aggiudicataria, ma non i suoi elementi essenziali, compresa la motivazione. Si rileva altresì (allegato 8bis) che, con nota prot. n. 69587/2008 del 17.10.2008, la Provincia di Latina ha comunicato alla appellante che con d.d.d. n. 3571 del 25.7.2008, contestualmente alla aggiudicazione della gara de qua alla società controinteressata, era stato disposto lo svincolo del deposito cauzionale provvisorio. Da copia del contratto depositata il

5.10.2011 si evince infine “che si è provveduto alla comunicazione della aggiudicazione del servizio, ai sensi dell’art. 79 del d. lgs. n. 163 del 12 aprile 2006, in data 25 luglio 2008, protocollo n. 51311”.

Da detta comunicazione non possibile accertare se alla appellante è stata data comunicazione del provvedimento di aggiudicazione completa degli elementi essenziali, sicché, in assenza della prova della piena conoscenza dello stesso, la eccezione di improcedibilità del gravame in esame deve essere disattesa.

3.- Con il primo motivo di appello è stato dedotto che l’obbligo di dimostrazione dei requisiti di capacità economica e finanziaria prescritto dall’art. 41, comma 1, del d. lgs. n. 163/2006 (da comprovare, ai sensi del comma 4 del citato articolo, con dichiarazione di almeno due istituti bancari) è temperato dalla possibilità, prevista dal precedente comma 3, di provare detti requisiti se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, di presentare esse referenze, mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante.

Sussiste quindi l’obbligo di prevedere nei bandi di gara disposizioni a favore delle imprese che non siano in grado, per giustificati motivi, di presentare esse referenze, indicando meccanismi alternativi.

Nel caso che occupa la circostanza che il bando della gara non prevedeva espressamente la possibilità di provare i requisiti in questione con altri documenti idonei avrebbe viziato, rendendolo illegittimo, il provvedimento di esclusione della attuale appellante.

2.1.- Osserva al riguardo la Sezione che il bando e il disciplinare di gara assolvono la funzione precipua di dettare il regolamento della gara e, in quanto “lex specialis” della procedura di selezione, impongono all'Amministrazione la stretta osservanza delle relative prescrizioni, poste, da un lato, a presidio dell'interesse specifico della stazione appaltante e, dall'altro, a tutela dell'interesse degli altri soggetti partecipanti alla gara alla correttezza dell'intero procedimento di aggiudicazione e al rispetto della “par condicio”.

Di norma, quando la “lex specialis” della gara non riproduca una norma imperativa dell'ordinamento giuridico soccorre al riguardo il meccanismo di integrazione automatica, sicché, analogamente a quanto avviene nel diritto civile ai sensi degli art. 1374 e 1339, c.c., si colmano in via suppletiva le eventuali lacune del provvedimento adottato (Consiglio Stato, sez. VI, 13 giugno 2008, n. 2959).

In particolare la funzione prevalente della normativa dettata in materia dal d. lgs. n. 163/2006 comporta che le relative disposizioni entrano a far parte della “lex specialis” della procedura di evidenza pubblica, senza necessità che la cogenza delle relative prescrizioni venga prevista nel bando o nel disciplinare.

Ne deriva l'automatica applicabilità dell'art. 41, comma 3, del d. lgs. n. 163/2006, nel senso che il beneficio della possibilità di provare altrimenti detto requisito deve ritenersi operante indipendentemente da un'espressa previsione da parte della “lex specialis” di gara.

Né, nel particolare caso che occupa, potrebbe ostare a detta

possibilità di integrazione della "lex specialis" la necessità del suo contemperamento con i principi del "favor participationis" e della necessaria chiarezza delle regole di gara, che si pongono a tutela dell'interesse pubblico alla massima concorrenzialità e di quello privato all'affidamento in base alle condizioni di partecipazione enunciate dalla stazione appaltante, atteso che il disposto di detto art. 41, comma 3. del d. lgs. n. 163/2006 non è di carattere escludente, ma volto a favorire la massima partecipazione, senza violare la "par condicio".

La censura in esame deve quindi essere disattesa.

3.- Con il secondo motivo di gravame è stato dedotto che la appellante, se non fosse mancata la indicazione negli atti di gara della possibilità di presentare documentazione alternativa alla presentazione di due dichiarazioni bancarie per dimostrare il possesso del requisito di capacità economica finanziaria, avrebbe espressamente indicato le motivazioni che avevano reso impossibile la presentazione della duplice dichiarazione, che non avrebbe potuto essere autonomamente surrogata o altrimenti dimostrata.

Né l'Amministrazione ha, nonostante detta lacuna, provveduto a richiedere alla appellante, prima di disporre la esclusione dalla gara, documentazione integrativa al riguardo.

Neppure sarebbe condivisibile l'ulteriore assunto contenuto in sentenza, che sarebbe comunque stato onere della ricorrente, impossibilitata a presentare le due referenze di cui trattasi, di indicare

i giustificati motivi dell'impedimento e di allegare altri documenti idonei a dimostrare la sussistenza della sua capacità finanziaria.

Ciò perché il bando non conteneva menzione, né indicava criteri suppletivi di valutazione rispetto a soggetti impossibilitati a rispettare la prescrizione relativa alla doverosità della presentazione delle dichiarazioni bancarie di cui trattasi, nonché in quanto, a causa della disposta esclusione, la appellante non ha potuto effettuare integrazioni della offerta con documentazione o dichiarazioni suppletive, comunque non previste dal bando, con evidente carenza di motivazione al riguardo dell'atto impugnato.

3.1.- La censura in esame non può essere condivisa dal Collegio atteso che la parte appellante, pur in assenza di specifica prescrizione al riguardo nella normativa di gara ben avrebbe potuto, in diretta applicazione dell'art. 41, comma 3. del d. lgs. n. 163/2006 (che sul punto integrava la "lex specialis") produrre la documentazione alternativa che la norma consente, senza che ciò, per i principi in precedenza esposti, potesse comportare causa di esclusione dalla gara.

Quanto alla mancata richiesta di integrazione documentale da parte della stazione appaltante osserva la Sezione che il rimedio della regolarizzazione documentale di cui all'art. 46, del d. lgs. n. 163/2006, non si applica al caso in cui l'impresa concorrente abbia integralmente omesso di presentare la documentazione la cui produzione è richiesta a pena di esclusione; solo qualora la

documentazione prodotta da un concorrente ad una pubblica gara sia presente, ma carente di taluni elementi formali, di guisa che sussista un indizio del possesso del requisito richiesto, l'Amministrazione non può pronunciare l'esclusione dalla procedura, ma è tenuta a richiedere al partecipante di integrare e chiarire il contenuto di un documento già presente, costituendo siffatta attività acquisitiva un ordinario "modus procedendi", ispirato all'esigenza di far prevalere la sostanza sulla forma.

In sostanza, solo quando il documento è già stato presentato in sede di gara, anche se parzialmente, deve ritenersi consentita la sua regolarizzazione se la violazione è squisitamente formale ed il rimedio, in concreto, non altera la "par condicio" tra i concorrenti.

Pertanto nel caso in esame, in cui la dichiarazione della seconda banca attestante la capacità economica e la solvibilità di detta società non era stata presentata, comunque la Amministrazione non avrebbe potuto far ricorso all'istituto della integrazione documentale.

Aggiungasi che la possibilità di integrazione della documentazione incompleta depositata nei termini assegnati nel bando di gara non poteva comunque essere esercitata nel caso che occupa perché volta ad integrare documenti che avrebbero dovuto essere prodotti a pena di esclusione in quanto attinenti a requisiti essenziali per la partecipazione (Consiglio Stato, sez. V, 02 agosto 2010, n. 5084).

4.- L'appello deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la prima decisione.

5.- La complessità delle questioni trattate, nonché la peculiarità e la novità del caso, denotano la sussistenza delle circostanze di cui all'art. 92, II c., del c.p.c., come modificato dall'art. 45, XI c., della L. n. 69 del 2009, che costituiscono ragione sufficiente per compensare fra la parti le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, respinge l'appello in esame.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Aldo Scola, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/01/2012

IL SEGRETARIO

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