



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 Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 105 del 2012, proposto da:

Soc Pioda Imaging Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Pucci e Anna Cinzia Bartoccioni, con domicilio eletto presso lo studio degli stessi, in Roma, viale Giuseppe Mazzini, 114/B;

contro

ASL RM/B, n.c.;

nei confronti di

Soc Datadigit Srl, n.c.;

per l'annullamento

1.del provvedimento di esclusione dalla gara di appalto per la fornitura del servizio di comunicazione e gestione documentale dell'azienda USL Roma B, comunicato in data 5.12.2011 con nota n.

0043994/2011 dell'1.12.2011 e proclamata nella seduta riservata della Commissione aggiudicatrice del 29.11.2011, verbale n. 2;

2. degli atti della Commissione ;

3. del silenzio diniego sull'istanza di intervento in autotutela;

4. per quanto di ragione, del Capitolato speciale di appalto del Bando di gara, pubblicato in data 6.6.2011, relativamente all'art. 12 lettera A), punto 3) comma 6, nella parte in cui richiede, in caso di RTI costituendo, anche la sottoscrizione della polizza fideiussoria da parte di tutte le imprese raggruppande;

5. di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore designato per la camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2012 il dott. Domenico Lundini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Considerato che all'odierna Camera di Consiglio, di trattazione dell'istanza cautelare, gli avvocati presenti sono stati preavvertiti, ai sensi dell'art. 60 del Cod. Giust. Amm.va, della possibile definizione del giudizio con sentenza semplificata;

Ritenuto che sussistano in effetti i presupposti per la decisione della causa con sentenza abbreviata, essendo il ricorso palesemente fondato alla stregua delle seguenti considerazioni:

1.La società ricorrente, mandante in costituenda ATI con altra società (Ocè Italia spa), ha partecipato alla gara di appalto indetta dalla ASL Roma B per l'affidamento del servizio unico di comunicazione, produzione e gestione documentale della medesima Azienda, ma ne è stata esclusa, con gli atti specificati in epigrafe, in sede di riesame, da parte della Commissione di gara, nella seduta riservata del 29.11.2011, della documentazione prodotta ai fini dell'ammissione alla gara stessa;

2.La Commissione ha rilevato due ragioni ostative alla partecipazione della ATI con mandante la ricorrente alla gara di cui trattasi e consistenti, una, nell'assenza, tra la documentazione prodotta, "dell'allegato 1 della ditta mandante Pioda Imaging sr.l." (trattasi di documento, il cui modello di 12 pagine è annesso al Capitolato, da redigersi in forma di dichiarazione sostitutiva di dati e circostanze rilevanti ai fini dell'ammissione alla procedura, tra le quali l'assenza di cause di esclusione ex art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006) e, l'altra, nella circostanza che la polizza fideiussoria prodotta in gara dal costituendo raggruppamento, è stata sottoscritta solo dalla mandataria e non anche, "come invece previsto dal Capitolato Speciale d'Appalto, dalla ditta mandante";

3.La ricorrente -da ritenersi legittimata ad agire anche come impresa singola mandante di associazione temporanea di imprese (peraltro non ancora costituita), sulla base del pacifico orientamento giurisprudenziale formatosi al riguardo (cfr. da ultimo CdS, V,

18.10.2011, n. 5571)- ha proposto censure contro entrambi i motivi di esclusione, che il Collegio reputa condivisibili;

4. Quanto alla mancanza riscontrata, nella documentazione prodotta, del predetto Allegato 1, deve infatti rilevarsi, come giustamente dedotto dalla ricorrente, che nel caso di specie l'apertura e la verifica della documentazione amministrativa del RTI ed in particolare della Pioda Imaging srl si era già conclusa con esito positivo nella seduta pubblica della Commissione di gara tenutasi in data 8.11.2011, ove si era infatti attestato, con conseguente ammissione dell'ATI alla gara, che "la documentazione amministrativa inviata dal costituendo R.T.I. Ocè Italia S.p.A./Pioda Imaging s.r.l. risulta conforme a quanto previsto dal Capitolato Speciale d'Appalto agli articoli n. 10 "Requisiti per la partecipazione alla gara" e n. 12 "Modalità e termini di presentazione dell'offerta" lettera A) Busta n. 1 "Documentazione Amministrativa";

5. Se anche non si volesse considerare tale dichiarazione come una prova legale della presenza dell'Allegato 1, efficace cioè fino a querela di falso, essa, unitamente alla pacifica circostanza dell'ammissione della ditta alla gara, costituisce però in proposito quantomeno un indizio molto significativo, in presenza del quale assumono poi rilievo decisivo, ai fini che interessano alla ricorrente, il tempo trascorso prima della riapertura della gara e le approssimative modalità di conservazione degli atti della gara stessa in tale lasso di tempo. Invero, come risulta dal verbale della seduta

dell'8.11.2011, mentre le offerte tecniche ed economiche sono state collocate, al termine della seduta, in un apposito locale chiuso con porta blindata, la rimanente documentazione amministrativa è stata “genericamente” conservata nella stanza n. 8 presso la UOC Logistica dei Beni e Servizi in Via Filippo Meda 35. Tale modalità di conservazione non è di per sé idonea a dare certezza che gli stessi documenti riscontrati inizialmente dal seggio di gara fossero ancora tutti integri e presenti nei singoli fascicoli dei partecipanti ancora all'atto della riapertura delle operazioni.

6.La giurisprudenza amministrativa è ormai consolidata nel ritenere che la commissione di gara non possa legittimamente operare il riesame della documentazione, al di fuori della contestualità temporale in cui le operazioni per legge (art. 71 R.D. 827/24) devono svolgersi, per riscontrare “ora per allora” la carenza (ovvero al contrario la presenza) di documentazione prodotta (o non prodotta) dai partecipanti alla gara, al fine di escludere (ovvero di riammettere) taluno dei concorrenti, se non fornendo piena prova delle modalità, adeguatamente sicure, con cui sia stata medio tempore conservata la documentazione di gara, così da escludere ogni dubbio sulla sua alterazione, o anche solo alterabilità (si veda, in tal senso, C.G.A. 22 novembre 2001, n. 604; C.G.A. 27 maggio 1997, n. 107; C.G.A. 19 ottobre 2005, n. 693, C.G.A. n. 35/2006; si veda anche in proposito CdS, V, n. 8155/2010; n. 2791/2003; n. 661/2000 e TAR CT n. 2284/2008).

7. Nella specie, in definitiva, è provato per tabulas che i plichi con la documentazione in questione sono stati depositati senza cautele idonee a garantirne l'integrità e la perfetta conservazione. In presenza di tale circostanza la successiva riapertura delle operazioni di riscontro della documentazione stessa e la conseguente esclusione dell'Ati con mandante la ricorrente, sono illegittime in quanto la perfetta conservazione dei plichi con le offerte e la documentazione delle imprese partecipanti è uno degli elementi sintomatici della segretezza delle stesse e della par condicio di tutti i concorrenti, assicurando il rispetto dei principi, consacrati dall'art. 97 cost., di buon andamento e imparzialità cui deve conformarsi l'azione amministrativa. (C.d.S., V, 20 marzo 2008, n. 1219). Nei casi come quello che ne occupa, viene del resto in considerazione una fattispecie di pericolo. È sufficiente cioè che dalle risultanze processuali emerga che, per inosservanza di norme precauzionali, la documentazione di gara sia rimasta esposta al rischio di manomissione per ritenere invalide le operazioni di gara, senza che a carico dell'impresa interessata possa configurarsi un onere - del resto impossibile da adempiere - di provare un concreto evento di danno (vedi CdS, V, n. 3203/2010).

Va quindi riconosciuta l'illegittimità del motivo di esclusione di cui si è detto.

8. Con riferimento, poi, alla questione della cauzione, anche in questo caso le doglianze dell'istante sono fondate e condivisibili, in base al

consolidato orientamento giurisprudenziale, da considerarsi vero e proprio diritto vivente in quanto affermato anche dalla stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con decisione 4 ottobre 2005, n. 8, secondo il quale per assicurare in modo pieno l'operatività della garanzia di fronte ai possibili inadempimenti (coperti dalla cauzione provvisoria), è necessario e sufficiente che il fidejussore richiami la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese in ATI costituenda, identificandole singolarmente e contestualmente e dichiarando di garantire con la cauzione provvisoria non solo la mancata sottoscrizione del contratto, ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara.

In sostanza ciò che rileva quale condizione di validità della polizza e, quindi, quale condizione di efficacia dell'offerta, sanzionabile - in mancanza - con l'esclusione, è solo l'intestazione della stessa a tutti i partecipanti all'ATI, restando invece indifferente la sottoscrizione o meno da parte di ciascuno di essi. Invero, il contratto di fideiussione interviene tra il garante (cioè l'istituto di credito o assicurativo) ed il beneficiario (la stazione appaltante); esso si perfeziona con la comunicazione a quest'ultimo (v. art. 1333 c.c.) ed è efficace anche se il garantito (nella specie l'ATI costituenda) non ne è a conoscenza, in quanto egli non è parte necessaria dell'accordo (v. art. 1936, c. 2, c.c.). Il fatto dunque che nella polizza fideiussoria di specie non compaia la sottoscrizione della mandante dell'ATI costituenda (questo soltanto è stato il rilievo della stazione appaltante) non

assume di per sé alcun rilievo ai fini della validità della polizza stessa. Segue da ciò, nel caso di specie, l'illegittimità della previsione contenuta nell'art. 12, lett. A) numero 3) comma 6, del Capitolato di appalto (nella parte richiedente la sottoscrizione della cauzione da parte di tutte le imprese raggruppande) e delle determinazioni applicative conseguenti della stazione appaltante.

9. Resta da precisare, sul punto specifico, che non ha alcun rilievo, nel caso di cui trattasi, la valenza c.d. "escludente" o meno della citata clausola della lex specialis (con la connessa questione dell'eventuale necessità di autonoma ed immediata impugnativa della clausola stessa, entro termini decadenziali subito decorrenti senza necessità di attesa di atti applicativi), dal momento che, per effetto del comma 1 bis aggiunto all'art 46 del D.Lgs. n. 163/2006 dall'art. 4 del D.Lgs. n. 70/2011 (applicabile alla procedura in contestazione ratione temporis), le prescrizioni di esclusione dalle gare che sono aggiunte (come nel caso in esame) dai bandi di gara a quelle già previste dalle leggi vigenti, sono radicalmente nulle. E dunque nella specie la nullità della clausola contestata, potendo essere dichiarata anche d'ufficio da questo Tribunale, priva di ogni rilievo l'eventuale questione della necessità d'impugnativa, ad istanza di parte, nei termini previsti per gli atti semplicemente annullabili, della clausola stessa.

Ritenuto quindi, in base alle esposte considerazioni e con assorbimento di ogni profilo di censura non esaminato, che il ricorso di cui in epigrafe debba essere accolto e che, per l'effetto, l'atto di

esclusione impugnato (previa declaratoria di nullità della contestata clausola del Capitolato di gara) debba essere annullato;

Ritenuto, altresì, ai fini della prosecuzione e riedizione dell'attività amministrativa, che l'impresa ricorrente possa essere ammessa a ripresentare la documentazione riscontrata mancante;

Ritenuto, infine, in ordine alle spese, che se ne debba denegare il rimborso alla ricorrente, data la peculiarità della questione esaminata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie lo stesso, e per l'effetto, previa declaratoria di nullità della clausola di Capitolato contestata, annulla il provvedimento di esclusione oggetto d'impugnativa.

Spese denegate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Maria Luisa De Leoni, Consigliere

Domenico Lundini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/02/2012

IL SEGRETARIO

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