



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**Il Consiglio di Stato**  
**in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4219 del 2012, proposto da:

Ingegneria Biomedica Santa Lucia (IBSL) s.p.a. a socio unico, rappresentata e difesa dall'avv. Ernesto Stajano, con domicilio eletto presso Ernesto Stajano in Roma, via Sardegna, 14;

***contro***

Sogin s.p.a.;

***nei confronti di***

Ametek s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Giulio Lais, Nicola Lais, Rossella Ferrante, con domicilio eletto presso Giulio Lais in Roma, via C. Monteverdi, 20;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II n. 04704/2012, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA DEL LOTTO N. 1 DELL'APPALTO DI SERVIZI PER LA REVISIONE E LA VERIFICA DELLA STRUMENTAZIONE DI radioprotezione e di laboratorio utilizzata per il CONTROLLO DEI MATERIALI PROVENIENTI DA ATTIVITÀ DI DISATTIVAZIONE DELLE CENTRALI E DEGLI IMPIANTI SOGIN-MCP-

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ametek s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 dicembre 2012 il Cons. Sergio De Felice e uditi per le parti gli avvocati Ernesto Stajano e Alfredo Codacci Pisanelli (su delega di Giulio Lais);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con ricorso proposto innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio la società oggi appellata, Ametek s.r.l., agiva per l'annullamento degli atti di gara a procedura ristretta indetta dalla SOGIN s.p.a. per appalto di servizio di revisione e verifica della strumentazione di radioprotezione e di laboratorio utilizzata per il controllo dei materiali provenienti da attività di disattivazione delle centrali e degli impianti, gara indetta con bando spedito

per la pubblicazione sulla GUUE in data 27 giugno 2011 divisa in undici lotti e che prevedeva quale criterio di aggiudicazione unicamente il prezzo più basso.

Il bando prevedeva (punto II.2.3.2) “..la disponibilità, nell’arco del triennio gennaio 2012-dicembre 2014, di almeno:-N.2 Tecnici specializzati per ogni Lotto, con ottima conoscenza della lingua italiana parlata e scritta. Se si intende concorrere per più di un lotto il numero di Tecnici specializzati richiesti è dato dalla somma dei Tecnici previsti per ogni Lotto”.

La ricorrente qui controinteressata agiva a seguito della aggiudicazione in favore di IBSL, attuale appellante.

Il giudice di primo grado accoglieva la censura di parte ricorrente, accogliendo la tesi esposta secondo la quale il bando pretende che il numero di due tecnici a lotto deve riguardare non già l’impresa ma ogni lotto dell’appalto.

Al contrario, la IBSL, poi aggiudicataria, aveva partecipato a tutti gli undici lotti, ma aveva dichiarato di avere a disposizione cinque tecnici in tutto.

La SOGIN, stazione appaltante, è la società di Stato incaricata della bonifica ambientale dei siti nucleari italiani e della messa in sicurezza dei rifiuti radioattivi provenienti dalle attività nucleari industriali, mediche e di ricerca, alla quale sono state affidate, oltre le quattro centrali nucleari italiane di Trino (VC), Caorso (PC), Latina e Garigliano (CE), gli impianti Enea di Saluggia (VC), Casaccia (RM) e Rotondella (MT) e l’impianto Fabbricazioni Nucleari di Bosco Marengo (AL).

Il bando ha previsto 11 lotti, per un valore complessivo stimato di euro 4.714.630,00, al netto dell’IVA, da aggiudicarsi, con procedura c.d. “ristretta”, con il criterio del prezzo più basso.

La procedura in questione si riferisce al lotto n.1.

La stazione appaltante, invece di escludere l’odierna controinteressata, l’ha ammessa con riserva, concedendole un termine per decidere se rinunciare a qualcuno dei lotti, ovvero per presentare ex novo il nominativo ed il curriculum di altri tecnici sufficienti a rispettare il numero minimo di due per ogni lotto cui intendesse concorrere.

A seguito di richiesta, la stazione appaltante comunicava alla ricorrente originaria che tutti i lotti messi a gara erano stati aggiudicati in via definitiva alla Biomedica.

Il giudice di primo grado, dopo avere rigettato il ricorso incidentale di IBSL, laddove impugnava le clausole nella misura in cui venivano ritenute escludenti – perché rientra nella discrezionalità dell’amministrazione appaltante richiedere ulteriori e proporzionali requisiti specifici in relazione all’oggetto del contratto – riscontrava la violazione della regola che consente la regolarizzazione soltanto in caso di omessa allegazione documentale e non anche per sopperire alla carenza sostanziale dell’offerta.

La stazione appaltante ha illegittimamente consentito alla IBSL di valutare se partecipare a solo due lotti, scegliendo tra gli undici per i quali aveva presentato offerta oppure di indicare il nominativo di altri diciassette (oltre i primi cinque indicati) tecnici specializzati, dipendenti dell’azienda.

Dal verbale della seduta di gara emergeva che la partecipante IBSL, poi aggiudicataria, pur avendo presentato in fase di manifestazione di interesse la disponibilità di 22 tecnici, aveva poi presentato i nominativi di soli cinque tecnici.

Secondo il giudice di prime cure, tale operato consisteva in sostanza nel rimettere in termini, in chiara violazione della par condicio, il concorrente che non aveva ben presentato in modo completo la sua offerta o le sue offerte; né, quindi, in tale situazione, poteva supplire il c.d. dovere di soccorso, limitato evidentemente alle sole carenze documentali e non anche alla incompletezza dell’offerta.

Tali clausole, d’altronde, sono da ritenersi logiche e proporzionate rispetto all’oggetto dell’appalto.

Il giudice di primo grado accoglieva altresì un’altra serie di ordini di censure, consistenti nella doglianza secondo cui la Commissione giudicatrice non aveva in alcun modo verificato l’effettiva sussistenza della capacità tecnica

(c.d. specifica tecnica) vantata dalla IBSL e in particolare la conoscenza delle apparecchiature da revisionare da parte dei tecnici offerti, conoscenza richiesta dalla specifica tecnica.

Avverso tale sentenza propone appello la IBSL, deducendo con un primo motivo la erroneità della sentenza laddove ha respinto il ricorso incidentale riguardante i requisiti di moralità dei procuratori speciali di Ametek srl; con altro motivo deduce l'erroneità della sentenza, laddove ha accolto il ricorso sul possesso dei tecnici specializzati, per violazione dell'art. 46, del principio di tassatività delle cause di esclusione, del principio di sanabilità delle irregolarità formali.

Con altro motivo di appello è stata dedotta la erroneità della decisione laddove ha accolto il motivo di ricorso relativo alla esperienza specifica nella manutenzione e revisione dei macchinari elencati agli allegati del DOC. "Specifico tecnica", insufficienza e contraddittorietà della motivazione, violazione degli articoli 2, 68 e 69 codice contratti pubblici e delle direttive europee, massima partecipazione, neutralità tecnologica e parità di trattamento. Viene riproposto il motivo di cui al ricorso incidentale relativo al divieto di specifiche tecniche escludenti e alla mancata valutazione della esperienza equivalente svolta presso le ARPA Piemonte e Lombardia.

Si è costituita l'appellata ricorrente in primo grado concludendo per il rigetto dell'appello.

Alla camera di consiglio per la fase cautelare la Sezione ha accolto l'istanza cautelare e ha rinviato alla udienza pubblica del 18 dicembre 2012.

Alla udienza del 18 dicembre 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

In primo luogo, va rigettato il motivo di appello proposto da IBSL, con cui ripropone quanto esposto con il ricorso incidentale, riguardo ai possibili motivi di esclusione di Ametek, a causa del difetto di dichiarazioni dei procuratori speciali della società concorrente.

La stessa parte appellante dà atto di una certa oscillazione giurisprudenziale al riguardo; il Collegio osserva, tuttavia, che anche nel caso della condivisione della tesi più rigorosa, nel caso di specie si è al di fuori dell'applicabilità della invocata normativa ai procuratori speciali, in quanto nella specie privi di effettivi poteri.

Si è affermato ripetutamente che i procuratori speciali della società muniti di poteri di rappresentanza non rientrano nel novero dei soggetti di cui all'art. 38 codice contratti pubblici tenuti alle dichiarazioni sostitutive finalizzate alla verifica del possesso dei requisiti di moralità della società stessa (così, tra tante, Cons. Stato, V, 25 gennaio 2011, n.513).

L'art. 38 impone l'obbligo di dichiarare le condanne penali riportate dagli amministratori della società muniti di poteri di rappresentanza e dai direttori tecnici; di conseguenza, si è affermato, in linea di principio, che tale obbligo non si estenda anche ai procuratori speciali, anche se muniti di poteri di rappresentanza (così Cons. Stato, V, 25 gennaio 2011, n.513).

D'altronde, pure la giurisprudenza che ha inteso estendere tale dovere anche per i c.d. procuratori speciali (Cons. Stato, IV, 12 gennaio 2011, n.134) lo ha limitato solo al caso di titolarità di poteri gestori generali e continuativi ricavabili dalla procura, e non per effetto del conferimento ad essi del mero potere di rappresentanza negoziale della società, ivi compresa la facoltà di partecipare alle gare e stipulare contratti con la p.a..

Al fine di individuare la verifica delle funzioni sostanziali degli amministratori con poteri di rappresentanza, occorre avere quindi riguardo al concreto assetto delle competenze quale delineato dallo statuto societario, riconoscendo tali funzioni a tutti coloro cui viene conferito un potere di amministrazione e rappresentanza nel senso sopra indicato.

Per i procuratori speciali, al fine di valutare se agli stessi si applichino le cause di esclusione, occorre verificare se si sia in presenza di un generico conferimento di funzioni di rappresentanza negoziale oppure di procura che

conferisce l'esercizio continuativo e generale di poteri gestori: solo nel secondo caso ci si trova in presenza di soggetti rientranti nella nozione in questione (Cons. Stato, V, 21 novembre 2011, n.6136 tra tante).

Come ha rilevato la sentenza appellata, i procuratori di Ametek, in relazione ai quali IBSL lamenta la mancanza di dichiarazione, sono in realtà i direttori di alcune divisioni della società.

Dalla documentazione in atti risulta in particolare che essi hanno poteri di rappresentanza limitati, per materia, al settore di competenza, ed ancora più limitati per valore. Non risulta invece che essi abbiano poteri decisionali e che quindi non siano assoggettati alle direttive del Consiglio di Amministrazione, ovvero dei Consiglieri delegati, dai quali ripetono i loro poteri.

L'appello è infondato nel merito anche per il resto, dovendosi condividere le conclusioni alle quali è pervenuto il primo giudice, sulla base dell'analisi delle regole di gara.

La società IBSL unica partecipante per tutti gli undici lotti messi a gara, aveva presentato una domanda non conforme a quanto richiesto, avendo indicato soltanto cinque tecnici specializzati, che erano stati fatti ruotare su vari lotti.

La stazione appaltante avrebbe dovuto escludere la concorrente per mancanza di chiarezza dell'offerta e comunque perché priva dei requisiti di ogni offerta e invece l'ha ammessa con riserva, concedendole termine per decidere se rinunciare a qualcuno dei lotti oppure se presentare ex novo il nominativo e il curriculum di altri tecnici sufficienti a rispettare il numero minimo di due per ogni lotto al quale intendeva concorrere.

Le regole di gara erano chiare e per nulla equivoche o incerte, come sostiene l'appellante principale: nella fase di prequalifica, le imprese dovevano attestare, a pena di esclusione, a mezzo dichiarazione resa ai sensi del d.P.R. n. 445/2000; ....2) la disponibilità, nell'arco del triennio gennaio 2012 - dicembre 2014, di almeno 2 tecnici specializzati per ogni lotto, con ottima conoscenza della lingua italiana, parlata e scritta.

Con riferimento a questo specifico requisito è stato anche espressamente previsto che "se si intende concorrere per più di un lotto il numero di Tecnici specializzati richiesti è dato dalla somma dei Tecnici previsti per ogni lotto" e che "tale requisito deve essere posseduto in toto dall'impresa che si candida singolarmente o dal RTI/Consorzio", nella sua totalità (punto III, 2.3.2 del bando).

Pertanto, sulla base della lettura piana di tali regole, è evidente che chi intendeva partecipare per tutti gli undici lotti, doveva dichiarare e avere la disponibilità di ventidue tecnici specializzati e dichiararli per ogni lotto in numero di due, non potendo ritenersi sufficiente e corretto indicare un numero di cinque e successivamente, a richiesta espressa dell'amministrazione, modificare in toto l'offerta nel senso di scegliere a quale dei lotti concorrere, con una inammissibile rimessione in termini, in chiara violazione della par condicio.

Il limite di applicazione dell'art. 46, che costituisce estensione nel campo dei contratti pubblici degli articolo 6 e 7 della legge n.241 del 1990 e della esigenza della correttezza e del dialogo con l'amministrazione, trova il suo limite naturale nel fatto che non si può estendere a supplire né alla violazione di adempimenti procedurali sostanziali, né alla omessa produzione documentale richiesta a pena di esclusione e, naturalmente, non può consentire la regolarizzazione degli elementi essenziali dell'offerta.

Deve cioè essere impedito al concorrente, attraverso la richiesta della stazione appaltante di ulteriori documenti o chiarimenti, di completare la sua domanda successivamente al termine stabilito in via generale dalle regole di gara.

Il documento o dato o elemento costitutivo dell'offerta deve essere già stato presentato in sede di gara, sia pure parzialmente (Cons. Stato, V, 11 febbraio 2005, n.392; Aut. Vig. deliberazione n.120 del 19 dicembre 2006) e la richiesta di regolarizzazione o di chiarimenti non deve consentire una nuova produzione o una nuova offerta, comportando così l'elusione dei termini perentori fissati dal bando per la presentazione delle offerte.

L'incompletezza non può spingersi quindi fino alla insufficienza, altrimenti attraverso l'attività integrativa si

consentirebbe di variare gli elementi costitutivi dell'offerta stessa.

Nelle gare pubbliche il c.d. soccorso istruttorio di cui all'art. 46 comma 1 d.lgs.12 aprile 2006, n.163 è invocabile unicamente in caso di clausole della legge di gara ambigue e non di contrasto tra la stessa e la superiore normativa primaria. In ogni caso la necessità di assicurare la par condicio tra i concorrenti conduce inevitabilmente a circoscrivere il dovere di soccorso ad irregolarità di documenti comunque ritualmente presentati in sede di gara e non già in caso di vere e proprie omissioni (Cons. Stato, V, 30 agosto 2012, n.4654).

Il rimedio della regolarizzazione documentale di cui all'art. 46 codice contratti non si applica al caso in cui l'impresa concorrente abbia integralmente omissso la produzione documentale prevista dal precedente art. 38, con la conseguenza che alla stazione appaltante è precluso di sopperire, con l'integrazione, alla totale mancanza di un documento considerato anche che la disposizione relativa al c.d. dovere di soccorso deve considerarsi di stretta interpretazione (Cons. Stato, IV, 4 luglio 2012, n.3925).

In una gara di appalto pubblico l'amministrazione appaltante non può formulare una richiesta di integrazione della documentazione qualora si tratti di documenti univocamente previsti dal bando o dalla lettera di invito a pena di esclusione (Cons. Stato, IV, 10 maggio 2007, n.2254).

Il rigetto del motivo di appello relativo alla regolarità dell'offerta presentata da IBSL e alla regolarizzabilità in ordine al requisito (o elemento costitutivo dell'offerta) dei due tecnici per ogni lotto al quale si partecipi, rende superfluo affrontare l'esame dell'altro motivo di appello (e anche di possibile esclusione ex se), riguardante la specifica tecnica ovvero la conoscenza dei macchinari per l'esperienza svolta presso due ARPA regionali, anche se non proprio presso SOGIN.

D'altronde, è sufficiente la salvezza di un giusto motivo di esclusione, individuato dal primo giudice e confermato da questo giudice di appello, per rendere superfluo l'esame del motivo relativo ad altra possibile causa di esclusione, riguardante la competenza tecnica dei tecnici incaricati rispetto ai macchinari che avrebbero dovuto utilizzare, rispetto ai macchinari di cui, per precedenti esperienze, conoscevano l'utilizzo.

Allo stesso modo, è superfluo accertare se l'attestazione della capacità di utilizzo "in sicurezza" coincida o meno con un utilizzo completo dei macchinari che avrebbero dovuto essere utilizzati in caso di aggiudicazione del servizio da parte di IBSL.

Per le considerazioni sopra svolte, l'appello va respinto, con conseguente conferma dell'appellata sentenza.

La condanna alle spese del presente grado di giudizio segue il principio della soccombenza; le spese sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, confermando l'appellata sentenza. Condanna la parte appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio in favore della controinteressata Ametek srl, liquidandole in complessivi euro cinquemila. Nulla per il resto.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Sergio De Felice, Consigliere, Estensore

Raffaele Greco, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/12/2012

IL SEGRETARIO

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