



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 19 del 2013, proposto da:

Consorzio Stabile Gecoal S.C.R.L. e Gugliotta Trivellazioni S.R.L., in proprio e in qualità di componenti dell'Ati tra loro costituenda, ciascuna in persona del rispettivo legale rappresentante pro tempore, entrambe rappresentate e difese dagli avv.ti Nicola Durazzo, Eloà Pellizzaro, Elena Nelva Stellio, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima, in Aosta, via Monte Vodice, 16;

contro

Comune Di Sarre, non costituito;

per l'annullamento

- della comunicazione datata 22 gennaio 2013 di esclusione dalla gara per lavori di riqualificazione del Villaggio Rovine in Comune di Sarre (CIG 47554766EF – CUP E61B99000020006), comunicata con lettera del 22.01.2013;
 - se ed in quanto avente contenuto provvedimentale, della lettera datata 18 febbraio 2013 con cui la stazione appaltante a seguito dell'istanza di riammissione in autotutela presentata dal ricorrente, ne confermava l'esclusione;
 - di tutti i verbali di gara e, in particolare, del verbale della seduta pubblica tenutasi in data 18 gennaio 2013 e di quella tenutasi il 22 gennaio 2013, nella parte in cui dispongono l'esclusione del ricorrente dalla gara d'appalto;
 - di ogni eventuale e successiva seduta privata o pubblica, nonché dei relativi verbali, già tenutasi o indetta in assenza del ricorrente Consorzio e della mandante Gugliotta Trivellazioni S.r.l.;
 - della eventuale aggiudicazione provvisoria o definitiva della gara d'appalto, pronunciata contestualmente o successivamente al provvedimento di esclusione del 18 - 22 gennaio 2013;
 - di ogni atto presupposto, connesso e comunque consequenziale;
- nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e del diritto ad essere riammesso alla gara;
- nonché per la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 ottobre 2013 il dott. Fabrizio Fomataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Le società ricorrenti impugnano i provvedimenti indicati in epigrafe, deducendone l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili e ne chiedono l'annullamento.

Con il medesimo ricorso, vengono proposte, tanto la domanda diretta ad ottenere la dichiarazione di inefficacia del contratto ed il subentro nella realizzazione dell'opera, quanto quella tesa alla condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno.

Il Comune di Sarre non si è costituito in giudizio.

Con ordinanza n. 12/2013, depositata in data 14 marzo 2013, il Tribunale ha accolto la domanda cautelare proposta dalla ricorrente.

Con successiva ordinanza n. 43/2013, depositata in data 17 giugno 2013, il Tribunale ha disposto incumbenti istruttori a carico della parte resistente, che vi ha ottemperato.

All'udienza del 16 ottobre 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) Con bando datato 3 dicembre 2012, il Comune di Sarre indiceva una gara per l'aggiudicazione, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto avente ad oggetto i lavori di ripristino e riqualificazione della frazione comunale di Rovine.

Le società ricorrenti presentavano domanda di partecipazione alla procedura, in veste giuridica di A.T.I. costituenda.

In data 18 gennaio 2013, la commissione di gara si riuniva in seduta pubblica, per l'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa e, all'esito di tale attività, disponeva l'esclusione delle ricorrenti, in quanto "il modulo 2 relativo al direttore tecnico cessato dell'impresa Scavitalia, indicata quale esecutrice per il Consorzio Stabile Gecoval, risulta compilato in modo non conforme a quanto previsto dall'art. XI del bando di gara".

L'esclusione veniva comunicata alle società interessate con nota datata 22 gennaio 2013; inoltre, con determinazione del 18 febbraio 2013, la stazione appaltante segnalava i fatti posti a fondamento dell'esclusione alla Procura della Repubblica, all'Autorità di Vigilanza e, contestualmente, disponeva l'escussione della garanzia provvisoria prestata dall'A.T.I. costituenda.

Vale precisare che, in conseguenza dell'ordinanza di accoglimento della domanda cautelare, il Comune di Sarre, con determinazione datata 27 marzo 2013, disponeva la sospensione dell'intera procedura in attesa dell'esito del giudizio, sicché allo stato la gara non si è conclusa, né il contratto risulta stipulato.

2) Le società ricorrenti articolano tre motivi di impugnazione, che, essendo strettamente connessi sul piano logico e giuridico, possono essere trattati congiuntamente.

In particolare, si lamenta, in termini di violazione di legge e di eccesso di potere, anche sotto il profilo della violazione della *lex specialis* di gara, che il provvedimento di esclusione si basa su affermazioni generiche, inidonee a far comprendere le ragioni dell'esclusione.

Inoltre, si considera che, anche a ritenere, sulla base dell'esame di tutti gli atti allegati all'offerta, che l'esclusione sia stata disposta in quanto il modulo 2, allegato alla domanda di partecipazione e recante la dichiarazione dell'insussistenza delle cause ostative alla partecipazione previste dall'art. 38 del d.l.vo 2006 n. 163, risulta sottoscritto dal dott. Massimo Pugno, ex direttore tecnico della società esecutrice dei lavori Scavitalia s.a.s. in data successiva alla sua morte, nondimeno ciò non integra i presupposti per l'esclusione, in quanto al modulo 2 sono state comunque allegate, sin dal momento di presentazione dell'offerta, tanto un'autocertificazione

sull'insussistenza di circostanze ostative ai sensi del citato art. 38, quanto un'autocertificazione in ordine al contenuto del certificato del casellario giudiziale, entrambe sottoscritte dal dott. Pugno in data 14.01.2013, ossia prima del suo decesso.

Le censure sono fondate.

In primo luogo, va evidenziato che dall'esame complessivo della documentazione prodotta, nonché dal contenuto della relazione predisposta dall'amministrazione a seguito dell'ordinanza istruttoria adottata dal Tribunale, risulta, nonostante la genericità e la laconicità della motivazione diretta contenuta nel provvedimento di esclusione, che tale determinazione è stata assunta perché il modulo 2 prodotto dalle ricorrenti in allegato alla domanda di partecipazione e relativo alla posizione, rispetto alla sussistenza dei requisiti generali previsti dall'art. 38 del d.l.vo 2006 n. 163, del dottor Pugno risulta sottoscritto da quest'ultimo e datato il giorno 16 gennaio 2013, ossia dopo il suo decesso verificatosi in data 15 gennaio 2013 (cfr. certificato di morte presente in atti).

Insomma, l'amministrazione ha ritenuto falsa la sottoscrizione del modulo 2, disponendo l'esclusione dalla gara delle ricorrenti.

Seppure la possibilità di ricostruire sul piano fattuale e giuridico le ragioni dell'esclusione consente di superare la censura di insufficienza motivazionale, in quanto dagli atti procedurali emergono le ragioni poste a fondamento della determinazione gravata, con conseguente configurabilità di una motivazione per relationem, tuttavia ciò non vale a superare la censura in esame nella parte in cui contesta la carenza dei presupposti dell'esclusione.

L'art. XI del disciplinare di gara stabilisce che la busta A deve contenere "a pena di esclusione" una dichiarazione sostitutiva ai sensi del d.p.r. n. 445/2000 da redigersi "come da Modulo 2 o altra dichiarazione dello stesso contenuto, completa dei relativi allegati indicati nel modulo stesso", relativa ai requisiti di ordine generale stabiliti dall'art. 38 del d.l.vo 2006 n. 163 lettere b), c), m ter); la citata disposizione del bando aggiunge che l'indicata dichiarazione "deve essere redatta e sottoscritta, pena l'esclusione, secondo le modalità ed i criteri indicati nel modulo stesso".

Nel caso di specie le società ricorrenti hanno documentato, senza alcuna contestazione sul punto da parte dell'amministrazione resistente, di avere allegato alla domanda di partecipazione alla gara non solo il modulo 2, cui si riferisce il bando ed in calce al quale risulta effettivamente apposta una data successiva al decesso del dichiarante dottor Pugno, ma anche un'autocertificazione relativa al possesso dei requisiti generali previsti dall'art. 38 del d.l.vo 2006 n. 163, sottoscritta sempre dal dottor Pugno e recante una data anteriore alla sua morte.

Si tratta di un'autocertificazione del tutto coerente con il citato art. XI del bando, sia per il profilo relativo al suo contenuto, sia rispetto alle modalità della sua presentazione.

Invero, la norma del bando da ultimo indicata prescrive, a pena di esclusione, la presentazione della dichiarazione relativa al possesso dei requisiti di ordine generale, ma non impone l'utilizzo del modello 2, prevedendo espressamente la possibilità di presentare un'autocertificazione avente il medesimo contenuto.

Ne consegue che la presenza dell'autocertificazione vale di per sé ad integrare il rispetto della previsione della lex specialis.

Del resto, la possibilità di presentare una dichiarazione sul possesso dei requisiti dell'art. 38 senza utilizzare il modulo appositamente predisposto dalla stazione appaltante è coerente sia con il carattere necessariamente non vincolante dei moduli di cui si tratta, ai sensi dell'art. 74, comma 3, del d.l.vo 2006, n. 163 (cfr. tra le più recenti Consiglio di Stato, sez. III, 10 giugno 2013, n. 3146), sia con la tassatività delle cause di esclusione, prevista dall'art. 46, comma 1 bis, del cod. appalti.

Difatti, quest'ultima disposizione correla l'esclusione alla violazione delle prescrizioni previste dal codice medesimo, dal regolamento o da altre norme di legge, sicché, considerato che nessuna norma impone di utilizzare i

moduli predisposti dalla stazione appaltante, è evidente che solo la mancata dichiarazione sul possesso dei requisiti previsti dall'art. 38 può giustificare l'esclusione, ma non l'utilizzo in modo errato di un modulo predisposto dall'amministrazione.

A questo punto il problema si sposta, trattandosi di stabilire se la presentazione, in aggiunta all'autocertificazione, anche del modello 2, recante, però, l'apposizione di una data incompatibile con la sottoscrizione da parte del dottor Pugno, perché successiva alla sua morte, valga di per sé ad integrare una causa di esclusione.

La questione deve essere risolta in senso negativo.

In primo luogo, va osservato che l'indicazione di una data successiva alla morte del dichiarante non si è tradotta in una violazione sostanziale dei requisiti di ordine generale, atteso che la stazione appaltante non ha neppure contestato il difetto di tali requisiti in capo al dott. Pugno, sicché l'incongruenza rilevata attiene ad un profilo meramente formale, non correlato a specifiche previsioni normative e, pertanto, non idoneo a giustificare l'esclusione.

Inoltre, la stazione appaltante si è limitata a prendere atto della data apposta in calce al modello 2, ma non ha compiuto alcun accertamento al fine di stabilire se l'incongruenza rilevata sia riconducibile ad una mera svista, oppure dimostri la falsificazione del documento.

A ben vedere proprio la presentazione, in aggiunta al modello 2, di un'autocertificazione del tutto regolare, quanto a data e a sottoscrizione, in ordine al possesso dei requisiti generali da parte del dottor Pugno, avrebbe dovuto orientare la stazione appaltante nel senso della sussistenza di un mero errore materiale, perché alla discrasia sulla data apposta al modello 2 non si accompagna alcuna carenza nel possesso dei requisiti, sicché il principio del favor participationis, funzionale alla tutela della concorrenza, impone di considerare del tutto irrilevante l'incongruenza rilevata.

Certo, nulla esclude che materialmente via sia stata una falsificazione, circostanza che potrebbe esporre a responsabilità penale chi dovesse risultarne autore, ma ciò non vale ad escludere la sussistenza dei requisiti di partecipazione alla procedura, perché resta ferma la presentazione di un'autocertificazione recante una data anteriore a quella apposta sul modello 2 e non oggetto di contestazioni da parte della stazione appaltante quanto al suo contenuto.

Né a diverse conclusioni conduce il rilievo effettuato dall'amministrazione nella relazione prodotta in data 19.07.2013, ove si adombra una diversità tra la sottoscrizione apposta sul modello 2 e quella apposta sulla carta di identità ad esso allegata, in quanto si tratta di argomentazioni del tutto generiche e non supportate da concreti elementi di riscontro.

Inoltre, anche in tale caso resta ferma la necessità di distinguere un'eventuale responsabilità penale in capo all'autore dell'ipotizzata falsificazione, dalla sussistenza dei requisiti di partecipazione, in ordine ai quali la stazione appaltante non ha sollevato contestazioni.

In definitiva, il provvedimento impugnato si basa su considerazioni inidonee a supportare l'esclusione delle ricorrenti, perché non è contestato il possesso dei requisiti di ordine generale in capo al dottor Pugno, mentre la rilevata incongruenza rispetto alla data apposta al modello 2 è superata, ai fini della partecipazione alla procedura, dall'autocertificazione resa dal dottor Pugno e non contestata dalla stazione appaltante, né sul piano formale, né sul piano sostanziale.

Va, pertanto, ribadita la fondatezza delle censure in esame.

3) Viceversa, deve essere respinta la domanda di condanna al risarcimento del danno, atteso che la stazione appaltante ha sospeso la procedura, che, in dipendenza dell'effetto conformativo derivante dalla presente sentenza, dovrà proseguire attraverso l'ammissione alla gara delle ricorrenti e tanto vale a ripristinare la status quo ante in

loro favore.

Del resto, lo stadio cui si è arrestata la gara non consente di evidenziare pregiudizi residui in capo alle ricorrenti medesime, che, peraltro, neppure hanno supportato la domanda risarcitoria attraverso un adeguato quadro probatorio, limitandosi ad allegazioni del tutto generiche.

Infine, la decisione della stazione appaltante di sospendere la gara esclude la sussistenza di un contratto cui sia riferibile la domanda di dichiarazione di inefficacia, pur formalmente presentata dalle ricorrenti.

4) In definitiva, il ricorso è parzialmente fondato, dovendo essere accolta la domanda di annullamento, mentre deve essere respinta la domanda di condanna al risarcimento del danno.

La reciproca soccombenza consente di compensare le spese della lite, salva la rifusione – a carico del Comune intimato - del contributo unificato in favore della parte ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta (Sezione Unica)

definitivamente pronunciando:

- 1) accoglie la domanda di annullamento e per l'effetto annulla il provvedimento di esclusione indicato in epigrafe;
- 2) respinge la domanda di condanna al risarcimento del danno;
- 3) compensa tra le parti le spese della lite, salva la rifusione del contributo unificato in favore della parte ricorrente.

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

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del giorno 16 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Turco, Presidente

Fabrizio Fomataro, Primo Referendario, Estensore

Giuseppe La Greca, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/12/2013

IL SEGRETARIO

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