



REPUBBLICA ITALIANA

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 5131 del 2013, proposto da:

Energy Products Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. Salvatore Napolitano e Michele De Cilla, con domicilio eletto presso lo Studio Legale De Cilla - Napolitano in Roma, via Zara, 16;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale delle Opere Pubbliche Lazio Abruzzo Sardegna, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliato in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

- Maiorana Costruzioni Edili Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. Antonio Romei e Ileana Boccuzzi, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Bocca di Leone, 78;
- PAN Costruzioni Pellegrino Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

A) con il ricorso introduttivo del giudizio:

- del provvedimento di aggiudicazione della procedura negoziata per l'affidamento dei "lavori di restauro conservativo del prospetto esterno del fabbricato *ex* Scuderia da tiro", adottato dal Ministero delle infrastrutture e trasporti - Provveditorato interregionale per le opere pubbliche per il Lazio, l'Abruzzo e la Sardegna (nota n. 7160 del 24 aprile 2013);
 - dei verbali di gara del 21 dicembre 2012 e del 15 marzo 2013 in cui si dà atto dell'ammissione alla gara della PAN Costruzioni Pellegrino srl;
 - ove occorrer possa, del bando e del modello "A" del disciplinare di gara ove possano considerarsi ostativi all'esclusione dalla gara della PAN Costruzioni Pellegrino srl;
 - di ogni altro atto connesso,
- e per la condanna al risarcimento danni;

B) con il ricorso incidentale proposto da Maiorana Costruzioni edili srl notificato il 17 giugno 2013:

- di tutti gli atti di gara nella parte in cui la Energy Products Srl non è stata esclusa dalla gara;
- di ogni altro atto connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Lazio Abruzzo Sardegna e di Maiorana Costruzioni Edili Srl;

Visto il ricorso incidentale proposto da Maiorana Costruzioni edili srl, notificato il 17 giugno 2013;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 dicembre 2013 il Cons. Daniele Dongiovanni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'amministrazione resistente ha indetto nel mese di dicembre 2012 una procedura negoziata, ai sensi dell'art. 122 del D.lgs n. 163 del 2006, per l'affidamento dei "lavori di restauro conservativo del prospetto esterno del fabbricato *ex* Scuderia da tiro" (Palazzo del Quirinale) per un importo a base d'asta pari a euro 999.861,96.

La lettera di invito, nell'indicare quale criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso, ha altresì previsto, ai sensi dell'art. 122, comma 9, del D.lgs n. 163 del 2006, la possibilità per la stazione appaltante di procedere all'esclusione automatica dalla gara delle offerte il cui ribasso avesse superato la soglia di anomalia.

Ora, a fronte di una soglia di anomalia calcolata al 31,70%, l'offerta che si è classificata al primo posto utile della graduatoria è stata quella della società Maiorana la quale ha offerto un ribasso del 31,666% sull'importo a base d'asta.

Al riguardo, la società ricorrente (Energy Products Srl) lamenta la mancata esclusione dalla gara della PAN Costruzioni Pellegrino Srl per le ragioni di seguito sintetizzate e precisa che ciò avrebbe portato ad un calcolo differente della soglia di anomalia (pari a 31,641%) con conseguente aggiudicazione (automatica) della gara alla società ricorrente (che ha offerto un ribasso pari a 31,638%).

Al riguardo, la società Energy Products ha proposto i seguenti motivi:

- violazione e falsa applicazione dell'art. 106, comma 2, del DPR n. 107 del 2010; violazione della lex specialis di gara; violazione dei principi di par condicio, imparzialità e trasparenza; eccesso di potere nelle sue forme sintomatiche ed, in particolare, per illogicità, erroneità e sviamento; violazione del principio del giusto procedimento.

La società PAN Costruzioni Pellegrino ha ommesso di barrare la casella di cui al modello "A" allegato al disciplinare di gara che dava atto dell'avvenuto sopralluogo effettuato sull'immobile da restaurare.

Tale omissione è espressamente sancita a pena di esclusione dalla *lex specialis*, peraltro giustificata in quanto si tratta di adempimento previsto dall'art. 106, comma 2, del DPR n. 207 del 2010.

Si sono costituiti in giudizio il Ministero intimato e la società Maiorana, chiedendo il rigetto del ricorso perché infondato nel merito.

La società Maiorana, con atto depositato in data 17 giugno 2013, ha poi proposto ricorso incidentale lamentando - in particolare - la mancata esclusione dalla gara della ricorrente Energy Products Srl, ciò per i seguenti motivi:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 49 del D.lgs n. 163 del 2006; violazione dei principi di par condicio, imparzialità e trasparenza; eccesso di potere.

La società Energy Products ha partecipato alla gara di che trattasi, avvalendosi dei requisiti della società Edil Fema srl. Tuttavia, il contratto di avvalimento non è conforme a quanto previsto dall'art. 49 del D.lgs n. 163 del 2006 in

quanto i requisiti messi a disposizione sono indicati in modo generico ed indeterminato;

2) *violazione degli artt. 38 e 46 del D.lgs n. 163 del 2006; violazione della lex specialis di gara.*

Dalla gara, poi, avrebbe dovuto essere esclusa l'impresa Carlo Cricchi la quale, nel modello "A" ha barrato due caselle che ponevano due opzioni alternative (ovvero quelle relative ai soggetti cessati dalla carica nell'anno precedente dove una casella prevedeva che non vi erano soggetti cessati dalla carica mentre l'altra riguardava l'ipotesi opposta).

Ciò avrebbe dovuto comportare l'esclusione dalla gara dell'impresa Carlo Cricchi e, di conseguenza, dal nuovo calcolo della soglia di anomalia, l'aggiudicazione della gara sarebbe rimasta confermata in capo alla società Maiorana.

Con memoria, la società Energy Products ha contestato il contenuto del ricorso incidentale chiedendone il rigetto.

Con ordinanza n. 2652/2013, è stata accolta la domanda cautelare proposta con il ricorso introduttivo del giudizio (l'appello cautelare è stato respinto dal Consiglio di Stato, sez. Quarta, con ord. n. 3806/2013).

In prossimità della trattazione del merito (anticipata su richiesta della difesa erariale del 25 ottobre 2013), le parti (ricorrente e controinteressata) hanno depositato memorie, anche di replica, insistendo nelle loro rispettive conclusioni.

Alla pubblica udienza del 18 dicembre 2013, la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. Va, anzitutto, esaminato il ricorso incidentale proposto dalla società Maiorana in quanto, in caso di accoglimento, avrebbe un effetto "paralizzante" del ricorso introduttivo del giudizio, avendo partecipato alla gara 42 operatori economici (cfr, di recente, TAR Lombardia, sez. III, 17 luglio 2013, n. 1881).

1.1 Il primo motivo del ricorso incidentale riguardante il contenuto del contratto di avvalimento stipulato in data 18 dicembre 2012 tra la società Energy Products ed Edil Fema srl è infondato.

Ed invero, nel contratto di avvalimento, non vi è un generico riferimento alla messa a disposizione dei requisiti e delle risorse necessarie per l'esecuzione dell'appalto di che trattasi in quanto l'atto negoziale riporta in quattro punti i requisiti e le risorse che la società Edil Fema metterà a disposizione della Energy Products srl per l'esecuzione dell'appalto di che trattasi (al riguardo, si fa espresso riferimento all'attestazione SOA relativa alla cat. OG2 classe III peraltro allegata in copia, alle attrezzature specifiche per i lavori di restauro, al personale qualificato necessario nonché alle referenze presso fornitori specializzati per l'approvvigionamento dei materiali).

Quanto indicato nel predetto contratto di avvalimento non risulta in contrasto con le esigenze di specificità previste dall'art. 49, comma 2, lett. f) del D.lgs n. 163 del 2006 e dall'art. 88 del DPR n. 207 del 2010 in quanto contiene la volontà seria dell'ausiliaria di mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto i mezzi ed i requisiti di cui la ditta ausiliata è carente (cfr Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2013, n. 5384).

Nel caso di specie, la serietà dell'impegno della impresa ausiliaria non è revocabile in dubbio in quanto il contratto, oltre a indicare l'oggetto dell'appalto di che trattasi, precisa che la società ausiliata è priva della qualificazione SOA OG2 e che l'attestazione (peraltro allegata al contratto stesso) è messa a disposizione della società Energy per tutta la durata del contratto unitamente a tutte le risorse umane e strumentali specifiche per la realizzazione dei lavori di restauro.

Ciò risulta conforme ai parametri di serietà dell'impegno previsti dalla normativa citata in materia di avvalimento, ciò anche in ragione della specifica carenza registrata dalla società Energy con riferimento all'attestazione SOA per la categoria OG2.

1.2 Anche il secondo motivo del ricorso incidentale è infondato.

L'omissione contenuta nella dichiarazione dell'Impresa individuale Cricchi Carlo, riguardante il fatto di non aver

barrato una delle due caselle (contenenti due opzioni alternative tra loro opposte) aventi ad oggetto i soggetti cessati dalla carica nell'anno precedente, non può essere considerata tale da dover essere sanzionata con l'esclusione dalla gara.

Ed invero, trattandosi di caselle contenenti opzioni alternative, dall'omissione non è possibile ricavare un'interpretazione univoca derivante dal non aver barrato alcunché; in altre parole, tale omissione non consente alla stazione appaltante di interpretarla nel senso che esistevano soggetti cessati dalla carica in possesso di requisiti preclusivi alla partecipazione alla gara della impresa interessata, il che fa degradare l'omissione ad un'ipotesi che non ammette l'esclusione automatica dalla gara bensì l'espletamento ai sensi dell'art. 46 del D.lgs n. 163 del 2006 del c.d. soccorso istruttorio che consente alla stazione appaltante, nel caso di dichiarazioni incomplete o poco chiare, di richiedere appositi chiarimenti.

Del resto, si tratta di dati (i soggetti cessati dalla carica nell'ultimo anno) risultanti da pubblici registri facilmente riscontrabili e, pertanto, dall'omessa dichiarazione di tali elementi nell'ambito della dichiarazione prestampata contenente due opzioni alternative ed opposte allo stesso tempo non può discendere automaticamente l'esclusione dalla gara ma deve prevalere una visione sostanzialistica (cfr Cons. Stato, Ad Plenaria, n. 10/2012) che ammette l'esclusione solo laddove, in concreto, il soggetto cessato dalla carica sia privo dei requisiti morali previsti dall'art. 38 del D.lgs n. 163 del 2006.

Nel caso di specie, non è risultato che la ditta individuale Cricchi abbia avuto legali rappresentanti o direttori tecnici cessati dalla carica nell'anno precedente e, pertanto, l'eventuale irrogazione della sanzione escludente per il sol fatto di non aver barrato la casella corrispondente alla predetta ipotesi (laddove esisteva – come nel caso di specie - un'opzione alternativa) avrebbe avuto un effetto irragionevole, comunque contrario al dovere di soccorso che si impone nel caso di dichiarazioni incomplete che possono essere colmate con una richiesta di chiarimenti.

2. In conclusione, il ricorso incidentale deve essere respinto.

3. Il ricorso introduttivo del giudizio va invece accolto in quanto l'omessa effettuazione del sopralluogo da parte della società Pan Costruzioni costituisce motivo di esclusione dalla gara, come sancito dalla *lex specialis* di gara.

3.1 Ora, per sgombrare il campo da equivoci rispetto al secondo motivo del ricorso incidentale, nel caso di specie, si tratta dell'omissione di un adempimento risultante dal fatto che la casella corrispondente non è stata barrata; il fatto di non aver barrato la casella corrispondente non ammette equivoci di sorta nel senso che l'unica interpretazione possibile a tale prospettata omissione è che il sopralluogo non sia stato effettuato né è stata fornita alcuna prova contraria in tal senso (non potendo valere il fatto che si tratta di un immobile – Palazzo del Quirinale - ben conosciuto tanto da non necessitare di alcun sopralluogo).

Del resto, tale adempimento non è sanabile *ex post* in quanto il sopralluogo – richiesto a pena di esclusione dalla gara – costituisce un elemento necessario per poter effettuare un'offerta consapevole e per non opporre, durante l'esecuzione dei lavori, alcun impedimento alla prosecuzione concordata dell'appalto a causa della mancata constatazione (concreta) dei luoghi.

È opinione consolidata in giurisprudenza (per tutte, CGARS 27 novembre 2013 n. 901) quella secondo cui la funzione della dichiarazione di sopralluogo è proprio quella di precludere all'appaltatore contestazioni basate sull'asserita mancata conoscenza dei luoghi e di ridurre al minimo le possibilità di modifiche contrattuali in sede di esecuzione, per cui l'onere posto a carico dell'impresa di visitare i luoghi dell'appalto prima di formulare la propria offerta è posto essenzialmente a garanzia dell'Amministrazione, garanzia che tale dichiarazione, una volta positivamente resa, comunque viene ad assolvere.

Né trattasi di clausola nulla ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis, del D.lgs n. 163 del 2006 in quanto tale adempimento è comunque previsto dall'art. 106, comma 2, del DPR n. 207 del 2010, il che giustifica l'esclusione dalla gara in

caso di sua omissione laddove previsto – come nel caso di specie - dalla *lex specialis* di gara.

3.2 In conclusione, il ricorso principale va accolto con conseguente annullamento dell'aggiudicazione della gara in favore della società Maiorana e degli ulteriori atti nella parte in cui la società PAN Costruzioni Pellegrino Srl non è stata esclusa dalla procedura di che trattasi.

Da ciò deriva, ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. e) del CPA, quale effetto conformativo della sentenza (sebbene la ricorrente principale abbia qualificato la domanda quale reintegrazione in forma specifica), l'aggiudicazione della gara in favore della società Energy Products Srl.

4. Le spese seguono la soccombenza nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così dispone:

- accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla l'aggiudicazione della gara in favore della società Maiorana nonché gli ulteriori atti impugnati nella parte in cui la PAN Costruzioni Pellegrino Srl non è stata esclusa dalla procedura di che trattasi;

- respinge il ricorso incidentale proposto dalla società Maiorana Costruzioni Edili.

Condanna l'amministrazione resistente e la società Maiorana Costruzioni Edili al pagamento (nella misura del 50% per ciascuna) in favore della società Energy Products delle spese di giudizio che si liquidano in euro 2.000,00 (duemila/00) oltre IVA e CPA.

Contributo unificato corrisposto dalla Energy Products Srl a carico delle parti soccombenti (amministrazione resistente e società Maiorana, sempre nella misura del 50% per ciascuna), ai sensi dell'art. 13, comma 6-bis 1., del D.P.R. n. 115 del 2002.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Daniele Dongiovanni, Consigliere, Estensore

Maria Grazia Vivarelli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/12/2013

IL SEGRETARIO

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

