

N. 00047/2015 REG.PROV.COLL.

N. 01377/2014 REG.RIC.



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 Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1377 del 2014, proposto da:

Imeca Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Stefano Vinti, Sonia Macchia, Alfredo Biagini, con domicilio eletto presso Alfredo Biagini in Venezia, S. Croce, 466/G;

contro

Azienda Ospedaliera di Padova, rappresentato e difeso dagli avv. Maria Grazia Cali', Luciana Puppini, con domicilio eletto presso la Segreteria dell'intestato TAR ai sensi dell'art. 25, comma 1, lettera a), c.p.a.;

nei confronti di

Cognolato Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Nicola Creuso, Nicola De Zan, con domicilio eletto presso Nicola Creuso

presso la Segreteria dell'intestato TAR ai sensi dell'art. 25, comma 1, lettera a), c.p.a.;

per l'annullamento

del provvedimento di esclusione del costituendo raggruppamento capeggiato dalla IMECA s.r.l., con l'impresa C.M.M. F.lli Rizzi s.r.l. dalla gara d'appalto indetta dall'Azienda Ospedaliera di Padova per l'affidamento dei lavori di manutenzione biennale ordinaria dei fabbricati dell'Azienda Ospedaliera di Padova - Opere da fabbro e falegname - CIG 581055098A, adottato nel corso della seduta del 24 luglio 2014 e comunicato, con nota priva di protocollo e data, il 29 luglio 2014; dei verbali delle sedute di gara; del provvedimento di aggiudicazione, comunicato in data 17 settembre 2014; nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera di Padova e di Cognolato Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2014 la dott.ssa Silvia Coppari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 13 ottobre 2014 e depositato il successivo 24 ottobre, Imeca S.r.l. in proprio e in qualità di

mandataria del RTI composto da Imeca Srl e CMM F.lli Rizzi Srl (mandante) ha impugnato il provvedimento (adottato nel corso della seduta del 24 luglio 2014, e comunicato con nota del 29 luglio 2014) con il quale fu disposta la propria esclusione dalla gara di appalto indetta dall'azienda ospedaliera di Padova, per l'affidamento dei lavori di manutenzione biennale ordinaria dei fabbricati dell'azienda ospedaliera medesima.

1.1. L'esclusione è stata determinata sulla base del rilievo per cui la «dichiarazione di impegno di costituzione dell'ATI è stata sottoscritta solo dall'impresa mandante, CMM. F.lli Rizzi srl e non dall'impresa capogruppo Imeca Srl e pertanto non contiene "l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificato come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti", come previsto al punto 8 dell'art. 37, d.lgs. n. 163/2006» (cfr. verbale della seduta pubblica delle operazioni della Commissione giudicatrice, in data 24 luglio 2014).

1.2. In punto d'interesse al ricorso, per vedere dichiarata l'illegittimità della propria esclusione, Imeca srl deduce che, essendo il criterio di aggiudicazione della gara quello del prezzo più basso – determinato mediante ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara ai sensi dell'articolo 82, comma 2, lettera a), del d.lgs. n.163 del 2006 con esclusione automatica delle offerte che presentassero una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi degli artt. 86 e 122,

comma 9, del d.lgs. n. 163 del 2006 – e considerato di aver offerto in gara un ribasso pari al 25,56%, l'eventuale sua riammissione determinerebbe una nuova soglia di anomalia (“pari a 25,854”) con conseguente aggiudicazione dell'appalto alla medesima ricorrente.

2. Il ricorso è affidato ad un unico articolato motivo, con il quale si contesta la legittimità dell'esclusione per eccesso di potere, ingiustizia manifesta, violazione del principio di favor participationis e del principio di proporzionalità, oltre che del principio di prevalenza della sostanza sulla forma, nonché per violazione dell'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006.

2.1. In sostanza, la ricorrente non smentisce la circostanza di fatto dell'assenza della sottoscrizione della mandataria (Imeca s.r.l.) in calce alla dichiarazione di impegno in questione, ma ritiene che nel caso di specie non dovessero esservi “dubbi circa la riferibilità alle imprese del costituendo raggruppamento della volontà di conferire mandato speciale con rappresentanza alla società Imeca srl” (cfr. pag. 7 del ricorso), con conseguente illegittimità dell'esclusione per violazione dei principi di proporzionalità e di massima partecipazione alle gare pubbliche.

2.2. In particolare, detta “riferibilità” si ricaverebbe dal fatto che la dichiarazione di impegno “riportava in calce il timbro e la sottoscrizione del legale rappresentante della mandante (...) nonché il timbro della mandataria e ad essa erano allegati i documenti di identità dei legali rappresentanti di entrambe le società” (cfr. pag. 7 del ricorso).

2.3. Peraltro, la volontà di costituire l'ATI suddetta si sarebbe potuta desumere, sempre secondo la ricorrente, sulla base di ulteriori elementi quali: la domanda di partecipazione alla gara, in cui Imeca s.r.l. precisava di partecipare in qualità di capogruppo mandataria della costituenda ATI; l'offerta e la documentazione ad essa allegata, fra cui anche la garanzia fideiussoria, sottoscritta, oltre che da Imeca, dalla stessa CMM F.lli Rizzi srl.

2.4. Conseguentemente, l'aver attribuito valore determinante alla mancata sottoscrizione del legale rappresentante della mandataria in calce all'impegno prescritto dall'art. 37, comma 8, del d.lgs. n. 163 del 2006 non avrebbe rispettato la volontà della concorrente ad assumere l'impegno nel senso richiesto dalla legge desumibile dagli elementi sopraindicati. Sicché, "in ossequio al principio del *favor participationis* nonché della volontà manifestata dal legislatore di far valere la sostanza sulla forma, la stazione appaltante avrebbe dovuto correttamente consentire l'integrazione della documentazione irregolare" (cfr. pag. 11 del ricorso) *ex art.* 46 del d.lgs. n. 163 del 2006.

3. Alla camera di consiglio del 26 novembre 2014, in sede di esame della domanda cautelare, ricorrendo tutti i presupposti di legge, la causa è stata trattenuta in decisione per la definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata

4. Il ricorso è infondato.

4.1. L'art. 37, comma 8, del d.lgs. n. 163 del 2006 impone ai soggetti di cui all'art. 34, comma 1, lett. d) ed e), l'impegno, in sede di offerta, a rilasciare un mandato collettivo speciale con

rappresentanza ad una componente del raggruppamento in caso di aggiudicazione, stabilendo che: «È consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere d) ed e), anche se non ancora costituiti. In tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi ordinari di concorrenti e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificata come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti».

4.2. La formulazione di tale impegno deve considerarsi componente indefettibile dell'offerta richiesta da una norma primaria puntuale (che non necessita della mediazione data dalla *lex specialis*) ed «espressione della volontà contrattuale» del concorrente in sede di gara (Cons. di Stato, Sez. V., n. 7996 del 2010).

4.3. Detto impegno mira infatti a garantire alla stazione appaltante la serietà della partecipazione alla procedura di raggruppamenti formalmente non ancora costituiti, assicurando l'effettiva costituzione del soggetto collettivo chiamato alla stipulazione del contratto a seguito dell'aggiudicazione.

4.4. Conseguentemente il soddisfacimento di tale interesse richiede l'assunzione di un impegno formale giuridicamente vincolante nei termini richiesti dalla normativa primaria – ossia un contratto preliminare di mandato condizionato

all'aggiudicazione – come tale non sostituibile né integrabile con dichiarazioni e/o elementi che consentano di desumere *aliunde* l'intenzione di costituire il raggruppamento temporaneo stesso (cfr.: Cons. di Stato, sez. V, n. 7996 del 2010).

4.5. Alla stregua di tali premesse, risulta evidente che la mancata sottoscrizione da parte del legale rappresentante della mandataria (Imeca srl) della “dichiarazione di impegno a costituire associazione temporanea di imprese” consegnata in gara (cfr.: doc. 8 dei documenti della ricorrente) non integra una mera irregolarità della documentazione prodotta ma determina l'assenza, sotto il profilo sia formale che sostanziale, di un elemento essenziale della dichiarazione di volontà medesima, rendendola improduttiva degli effetti obbligatori tipici dello schema negoziale utilizzato (contratto preliminare di mandato), con conseguente insanabile pregiudizio dell'interesse pubblico in ordine alla certezza della provenienza e della piena assunzione di responsabilità della dichiarazione nel suo complesso.

4.6. Sicché, non ricorrendo una mera irregolarità formale della dichiarazione in esame, la stazione appaltante non avrebbe potuto far fronte al difetto di sottoscrizione facendo ricorso all'istituto del soccorso istruttorio ex art. 46 del codice dei contratti.

4.7. Ed invero, «in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di una impresa concorrente, l'invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del

principio della *par condicio*, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria (su iniziativa dell'Amministrazione), di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione o la completezza dell'offerta, da parte del concorrente che non ha presentato, nei termini e con le modalità previste dalla *lex specialis*, una dichiarazione o documentazione conforme al regolamento di gara» (così: Ad.Plen. del Cons. di Stato n. 9 del 2014).

5. In conclusione, per tutte le ragioni esposte, il ricorso è infondato e deve, pertanto, essere respinto.

6. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese di lite che liquida in euro 1.500 (euro millecinquecento/00), oltre IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Alessio Falferi, Primo Referendario

Silvia Coppari, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/01/2015

IL SEGRETARIO

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