

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte – 2^a Sezione – ha pronunciato la seguente
Sent. n. 2255
Anno 2005

R.g. n. 3388

Anno 2000

SENTENZA

sul ricorso n. 3388/2000 proposto da CO.MA.F. s.r.l., in persona del legale rappresentante, Ing. Sergio Nicola, con sede in Leini, via Don Magnetti 17, rappresentata e difesa dagli avv.ti Enzo Manzon e Flavio Grande ed elettivamente domiciliata in Torino, via Lamarmora 26, presso lo Studio Legale Manzon

contro

l'Azienda Po Sangone, in persona del legale rappresentate p.t., con sede in Torino, via Pomba 29, rappresentata e difesa dall'avv. Margherita Buscaglino ed elettivamente domiciliata in Torino, via Sacchi 44 presso lo studio della medesima;

nei confronti

di Milano Assicurazioni s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio

con l'intervento

di SMA Torino – Società Metropolitana Acque Torino s.p.a., corrente in Torino, corso 11 febbraio 14, in persona del legale rappresentante p.t., ing. Paolo Romano, rappresentata e difesa dall'avv. Margherita Buscaglino ed elettivamente domiciliata in Torino, via Sacchi 44, presso lo studio della medesima

per l'annullamento, previa adozione di provvedimenti cautelari,

delle delibere del Consiglio d'Amministrazione dell'azienda Po-Sangone del 18/7/2000 e del 24/7/2000, di cui la CO.MA.F. ha avuto conoscenza il 25/10/2000, con cui:

- La CO.MA.F. s.r.l. è stata esclusa dalla gara per la costruzione di canali di fognatura bianca lungo strada del Portone in Torino, lotto I A;

- E' stata disposta la segnalazione della CO.MA.F. s.r.l. all'Autorità per la vigilanza sui Lavori Pubblici per l'adozione dei provvedimenti di cui agli artt. 4, comma 7, e 8, comma 7, della legge n. 109/1994;

- E' stata deliberata l'escussione da parte dell'Azienda Po-Sangone della cauzione provvisoria prestata per la partecipazione alla gara;

- nonché di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e conseguenti

e per l'accertamento

dell'insussistenza del diritto dell'azienda Po-Sangone a percepire alcunché né dalla CO.MA.F. né dalla Milano Assicurazioni s.p.a. in conseguenza prestazione della garanzia provvisoria con fideiussione per la gara di cui è causa.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Po-Sangone ed i relativi allegati;

Visto l'atto di intervento in giudizio della SMA Torino s.p.a.;

Vista l'ordinanza cautelare di questa sezione n. 46 del 12 gennaio 2001;

Vista la memoria depositata dalla SMA Torino;

Visti gli atti tutti della causa e le relative produzioni documentali;

Relatore all'udienza del 23 febbraio 2005 il Referendario avv. Ivo Correale;

Udito l'avv. G. Santilli, su delega dell'avv. M. Buscaglino, per l'Azienda Po-Sangone e la SMA Torino s.p.a.; nessuno comparso per la soc. ricorrente;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Nel corso dell'anno 2000 l'Azienda Po-Sangone – via Pomba 29 – Torino - indiceva una asta pubblica, con il procedimento di cui all'art. 76 del R.D. 827/1924 ed in applicazione dell'art. 21 della legge 109/1994 e s.m.i., per la costruzione di un “ collettore di fognatura bianca lungo la strada del Portone, tra la via Bertani e la via Bertone nel Comune di Torino – lotto 1/A”.

Nel medesimo bando era richiesto, al punto 12), lett. c), il deposito di documentazione attestante, tra l'altro, la “qualificazione ai sensi dei titoli I, II e III del DPR 25/1/2000 n. 34 nella categoria OS1 che consenta l'assunzione dell'appalto, oppure ai sensi dell'art. 29 del medesimo DPR 25/1/2000 n. 34, il possesso dei requisiti minimi previsti dall'art. 31 del DPR 25/1/2000 n. 34”. L'aggiudicazione dei lavori sarebbe avvenuta nei confronti dell'offerta al massimo ribasso sull'importo a corpo ed a misura a base di gara e non erano ammesse offerte in aumento. Al punto 7) del bando di gara era anche specificato che si sarebbe dato luogo al sorteggio ai sensi dell'art. 10, comma 1/quarter, l.n. 109/94 e s.m.i., nella seduta pubblica del 27 giugno 2000 in cui sarebbero state aperte le buste contenenti la documentazione.

Nelle “Modalità di gara” allegate al bando era poi precisato, in relazione alla documentazione da allegare: “3. Con riferimento al punto 12 lett. c) del bando.

Attestazione di qualificazione ai sensi dei titoli I, II e III del DPR 25/2/2000 n. 34 nella categoria OS1 per la classifica adeguata

Oppure ai sensi dell'art. 29 del DPR 25/2/2000 n. 34 dichiarazione rilasciata dal legale rappresentante dell'impresa concernente i seguenti requisiti

l'ammontare della cifra d'affari in lavori, realizzata mediante attività diretta e indiretta dell'impresa svolta nel quinquennio precedente alla data della pubblicazione del bando, che non dovrà essere inferiore a 1,75 volte l'importo a base d'asta,

l'esecuzione di lavori nella categoria OS1 nel quinquennio antecedente alla data di pubblicazione del bando, per un importo complessivo non inferiore al 40% dell'importo a base d'asta...”.

La CO.MA.F. s.r.l. partecipava alla gara facendo pervenire nei termini la sua offerta.

Nella seduta pubblica del 27 giugno 2000, come precisato nel bando, la Commissione di gara provvedeva ad aprire le buste contenenti la documentazione inviata dalle ditte partecipanti e ad effettuare il sorteggio previsto dall'art. 10, comma 1 quarter, l.n. 109/94.

Tra le ditte sorteggiate rientrava anche la CO.MA.F. s.r.l., per cui, con lettera del 28 giugno 2000, l'Azienda Po-Sangone comunicava tale circostanza all'interessata e le chiedeva di produrre “...la documentazione prevista dall'art. 18 del DPR 25 gennaio 2000 n. 34 e dalla Circolare n. 182/400/93 del 1° marzo 2000, entro 10 giorni dal ricevimento della presente. Al fine di facilitare la comprova dei requisiti di cui sopra in allegato si trasmette prospetto riepilogativo che, opportunamente sottoscritto ai sensi del DPR 403/98, integra gli adempimenti circa le dichiarazioni relative all'organico ed all'attrezzatura tecnica”.

In data 3 luglio 2000 perveniva all'Azienda Po-Sangone documentazione da parte della CO.MA.F. s.r.l. relativa soltanto alla cifra d'affari in lavori, al costo del personale e alla dotazione di attrezzatura tecnica, nonché quattro bilanci relativi agli anni 1995-96-97-98.

La Commissione di gara si riuniva nuovamente in data 10 luglio 2000 e, in tale occasione, riscontrava che “ Dall'esame della documentazione presentata dalle imprese sorteggiate risulta quanto segue:

1) Ditta CO.MA.F. SRL – TORINO

La ditta non ha documentato l'esecuzione dei 'lavori in terra' (scavo, ripristino, e modifica volumi di terra di cui alla categoria OS1 ex ANC cat. 1)...".

Nella seduta della Commissione di gara del 18 luglio 2000, giusta il relativo atto del notaio Natale Nardello rep. n. 39291 – racc. n. 11427, la CO.MA.F. s.r.l. era esclusa.

Con nota del 19 luglio 2000 la CO.MA.F. s.r.l. comunicava all'Azienda Po-Sangone di " ...averVi inviato della documentazione errata per la dimostrazione requisiti. Purtroppo è stato fatto un misto di certificati non confacenti quanto richiesto. Vorremmo sapere se è possibile inviare la documentazione esatta. Scusandoci per il grossolano errore restiamo in attesa di Vs. notizie in merito."

Con deliberazione del Consiglio di Amministrazione dell'Azienda Po-Sangone n. 1487 del 24 luglio 2000 si stabiliva "Di approvare: L'affidamento dell'esecuzione dei lavori di Costruzione Canali di fognatura bianco lungo la strada del Portonem tra la via Bertani e la via Bertone – lotto I/A ... al Raggr. FORTUNA COSTRUZIONI GENERALI SRL – CANTIERI MODERNI SRL – CACCIATORE VITO, con sede in Salerno ...".

Con nota del Direttore Generale dell'Azienda Po-Sangone: a) del 4 settembre 2000, indirizzata all'Autorità di Vigilanza dei Lavori Pubblici e alla CO.MA.F. s.r.l., segnalava, ai sensi dell'art. 10, comma 1/quarter, l.n. 109/94, l'esclusione della ditta in questione; b) con nota, avente la stessa data, chiedeva alla Milano Assicurazioni s.p.a. l'escussione della garanzia provvisoria secondo la polizza rilasciata per la gara, senza la previa escussione del debitore principale, ai sensi dell'art. 1944 c.c.

Entrambe le note pervenivano alla CO.MA.F. in data 25 ottobre 2000.

Con ricorso a questo Tribunale, notificato in data 5 dicembre 2000, la CO.MA.F. s.r.l. chiedeva l'annullamento, previa sospensione, degli atti, in epigrafe indicati, nonché l'accertamento dell'insussistenza del diritto, pure in epigrafe indicato, deducendo:

A) Violazione di legge con riferimento all'art. 3, 1° comma della legge n. 241/1990 – eccesso di potere per difetto di motivazione.

La società ricorrente osservava che l'Azienda Po-Sangone non specificava minimamente ove fosse mancata la dimostrazione del possesso dei richiesti requisiti e quale di questi, in particolare, risultasse mancante.

La società ricorrente, inoltre, si doleva della modalità con cui era stata portata a sua conoscenza l'esclusione e delle successive iniziative dell'Azienda Po-Sangone in merito, non comunicate direttamente ma solo "per conoscenza" e mediante modulo "prestampato" uguale per tutti i concorrenti esclusi, in modo da non consentire un efficace esercizio del proprio diritto di difesa.

B) Violazione di legge con riferimento all'art. 3, 3° comma della legge 241/1990.

La società ricorrente rilevava che la nota con la segnalazione all'Autorità di Vigilanza conteneva un riferimento al verbale rogito Notaio Nardello di Torino del 18 luglio 2000 e che la nota con cui si chiedeva l'escussione della polizza richiama il suddetto rogito, che avrebbe documentato il verbale della seduta di tale giorno del consiglio di amministrazione della CO.MA.F. s.r.l.

Tale verbale della seduta in questione, però, non risultava posto nella disponibilità dell'impresa esclusa, con violazione della richiamata norma di legge.

C) Violazione di legge con riferimento all'art. 10, comma 1 quater della legge n. 109/1994 – Violazione di legge con riferimento agli artt. 7 e 8 della legge n. 241/1990. In subordine questione di legittimità costituzionale dell'art. 10 comma 1 quater della legge 109/1994 nella parte in cui non prevede che nella comunicazione di avvenuto sorteggio per campione e di invito a comprovare il possesso dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, debba essere contenuto l'elenco dei documenti che l'impresa sorteggiata deve produrre o quanto meno richiamato altro documento a disposizione dell'impresa sorteggiata, nel quale sia contenuto il suddetto elenco, per contrasto con gli artt. 3, 41 e 97 della Costituzione.

Richiamando il contenuto della nota del 28 giugno 2000, con cui l'Azienda Po-Sangone aveva richiesto di comprovare i requisiti indicati, e la prescrizione dell'art. 10, comma 1 quater, l.n. 109/94, la società ricorrente lamentava che la richiesta della stazione appaltante non era sufficientemente chiara, non elencando i documenti specificatamente richiesti.

I richiami all'art. 18 del DPR n. 34/2000 e alla Circolare n. 182/400/93 del 1 marzo 2000 apparivano alla CO.MA.F. s.r.l. del tutto insufficienti allo scopo.

Infatti, l'art. 18 cit. consta di ben 15 commi, con elencazione di non facile lettura per gli amministratori di società di costruzioni e, a sua volta, contiene molteplici richiami a tutto il DPR n. 34/2000 e alla materia che esso regola.

Illustrando il sistema di qualificazione introdotto da tale disposizione regolamentare, in attuazione dell'art. 8 l.n. 109/94 come modificato dall'art. 2 l.n. 415/1998, la CO.MA.F. s.r.l. evidenziava la complessità del sistema.

Sosteneva, quindi, la società ricorrente che dovessero individuarsi delle sostanziali differenze tra la fase di qualificazione per una pubblica gara, ove le imprese hanno tutto il tempo a disposizione per preparare la documentazione da produrre, facendosi anche assistere da professionisti del settore, e la fase conseguente al sorteggio di cui all'art. 10, comma 1 quater, l.n. 109/94, ove il termine ristretto di 10 giorni, se interpretato come perentorio, non consente alle imprese di preparare adeguatamente la documentazione; ne conseguirebbe che la norma stessa dovrebbe essere interpretata nel senso che la stazione appaltante sarebbe tenuta ad elencare dettagliatamente, nella stessa documentazione o in un documento in essa richiamato e posto a disposizione dell'impresa, i documenti che devono essere prodotti.

Né la CO.MA.F. s.r.l. riteneva che il richiamo al punto 12, lett. c) del bando o alla circolare del 1 marzo 2000, contenuto nella nota del 28 giugno 2000 di richiesta documentazione, potesse essere idoneo allo scopo, perché essi erano ugualmente generici.

La società ricorrente, nell'esaminare in particolare il richiamo all'art. 31 DPR n. 34/2000, precisava che questo illustra i requisiti richiesti ma non indica i documenti necessari per comprovarli. Solo l'art. 18 del DPR in questione, a sua volta molto articolato, indicava come devono essere documentati i requisiti e i subrequisiti, anche con richiami al successivo art. 22.

Illustrando l'ipotetico percorso interpretativo che avrebbe dovuto compiere, la società ricorrente rammentava che essa avrebbe dovuto produrre certificati dei precedenti committenti attestanti che nel quinquennio precedente erano stati effettuati lavori per importo non inferiore al 40% di quello di gara relativi a lavori "in terra"; ma la categoria relativa, OS1, era sorta solo con l'entrata in vigore del DPR n. 34/2000 cit., per cui i certificati rilasciati in precedenza non potevano attestarne l'appartenenza.

Ulteriori analoghe difficoltà nell'interpretazione dell'art 31 cit. erano esemplificate dalla CO.MA.F. s.r.l., che arrivava alla conclusione per la quale le conseguenze da lei patite erano abnormi, tenuto conto che la richiesta della Azienda Po-Sangone avrebbe dovuto essere di ben altro tenore, elencando in dettaglio i documenti ritenuti necessari, secondo l'interpretazione letterale del medesimo art. 10, comma 1 quater, l.n. 109/94.

Come già affermato dalla giurisprudenza, anche di questo Tribunale, la società ricorrente riteneva che la norma sanzionatoria di cui all'art. 10 cit. non può applicarsi nei casi in cui l'incompletezza dei documenti non è imputabile all'impresa.

In caso contrario la medesima norma sarebbe contraria a Costituzione, in particolare agli artt. 3, 41 e 97, perché si discriminerebbero le imprese che richiedono l'attestato di qualificazione SOA ai sensi degli artt. 15 e ss. DPR n. 34/2000 da tutte le altre. Così pure si discriminerebbero anche le imprese che non possono permettersi l'ausilio di adeguati staff di professionisti e si consentirebbe alle amministrazioni, in violazione dell'art. 97 Cost, di "tendere veri e propri trabocchetti ai partecipanti" con l'imposizione di presentare nel termine perentorio di dieci giorni documentazioni complicate da reperire.

Si costituiva in giudizio l'Azienda Po Sangone, rilevando l'infondatezza del ricorso.

L'Azienda resistente, in merito al primo motivo di ricorso, specificava che la ricorrente aveva confuso il provvedimento di esclusione con la sua comunicazione. L'esclusione, infatti, era stata disposta con provvedimento del 10 luglio 2000 della Commissione di gara, costituente l'allegato "A" del verbale a rogito del Notaio Nardello rep. 39291. Le successive comunicazioni si limitavano a riassumere le motivazioni dell'esclusione ai fini specifici per le quali sono inviate, rispettivamente all'autorità di Vigilanza e alla Compagnia di Assicurazioni che aveva rilasciato la polizza di gara.

In ordine al secondo motivo di ricorso, l'Azienda Po-Sangone ribadiva che la motivazione dell'esclusione era desumibile dagli allegati al rogito notarile, che costituisce atto pubblico, per definizione disponibile all'accesso e alle copie.

In relazione al terzo motivo, l'Azienda resistente osservava, ripercorrendo quanto indicato dalle norme del DPR n. 34/2000 richiamate dalla società ricorrente e quanto indicato nel bando di gara, che i concorrenti dovevano conoscere a priori, già con la partecipazione alla gara, che avrebbero dovuto comprovare il possesso dei requisiti in base alle disposizioni dell'art. 18 DPR n. 34/2000; il rinvio alle specifiche norme, perciò, era esauriente e non necessitava di ulteriori elencazioni. Le concorrenti dovevano già conoscere la circostanza per cui, in caso di estrazione ai sensi dell'art. 10, comma 1 quater, l.n. 109/94 avrebbero dovuto produrre i certificati di esecuzione dei lavori in categoria OS1 o corrispondente, per l'importo minimo necessario.

Comunque, la CO.MA.F. s.r.l. non aveva depositato alcun certificato né la documentazione inviata aveva chiarito la qualificazione della medesima nella categoria richiesta, tanto che la stessa interessata aveva inviato tardivamente una nota, del 19 luglio 2000, in cui ammetteva l'errore nell'invio della documentazione.

La questione di legittimità costituzionale delle norme indicate dalla società ricorrente, infine, non era condivisibile perché queste erano logicamente orientate alla correttezza ed efficacia dell'operato della P.A. nelle pubbliche gare.

Con l'ordinanza sopra richiamata, questa sezione rigettava la domanda cautelare.

Con atto di intervento "ad opponendum", notificato il 4 gennaio 2004, la SMA Torino – Società Metropolitana Acque Torino s.p.a., in virtù del conferimento ad essa del ramo d'azienda tramite il quale l'Azienda Po-Sangone gestiva il servizio di depurazione acque reflue del comune di Torino, quale successore in tutti i rapporti concernenti il servizio suddetto, incluso il presente contenzioso, chiedeva di intervenire in giudizio, subentrando all'Azienda Po-Sangone e riportandosi a tutte le argomentazioni da questa illustrate

Con memoria depositata in prossimità della pubblica udienza, la medesima SMA Torino s.p.a. illustrava ulteriormente le proprie tesi difensive.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo la CO.MA.F. s.r.l. lamenta l'assoluta carenza di motivazione della disposta esclusione, facendo riferimento alle note del Direttore Generale dell'Azienda Po-Sangone del 4 settembre 2000 inviate per conoscenza, che si limitavano ad indicare genericamente la mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti dall'art. 10, comma 1 quater, l.n. 109/94.

Il Collegio rileva, però, che l'esclusione non è motivata nelle due note sopra riportate, che si limitano a comunicare la circostanza a terzi e ad altri fini, ma nelle operazioni della Commissione di gara. In particolare, nella seduta del 10 luglio 2000, costituente "Allegato A" al rogito notarile del relativo verbale, è chiaramente indicato che la ditta CO.MA.F. s.r.l. "...non ha documentato l'esecuzione dei 'lavori in terra' (scavo, ripristino, e modifica volumi di terra di cui alla categoria OS1 ex ANC cat. 1)...Le predette imprese...sono pertanto escluse dalla gara con le conseguenze previste dall'articolo 10 comma 1 quater della Legge 109/94 e s.m.i."

Tale motivazione, evidentemente, doveva leggersi in correlazione con la richiesta di deposito documentazione contenuta nella nota del 28 giugno 2000 indirizzata dall'Azienda Po-Sangone alla CO.MA.F. s.r.l., in cui si chiedeva, appunto, di comprovare il " possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti al punto 12 lett. c) del bando, come specificato nelle modalità di gara, e dichiarati all'atto della presentazione dell'offerta. Si richiede pertanto di produrre la documentazione prevista dall'art. 18 del DPR 25 gennaio 2000 n. 34 e dalla Circolare n. 182/400/93 del 1° marzo 2000, entro 10 giorni di ricevimento della presente".

La motivazione dell'esclusione, quindi, come correttamente osservato anche dalla Azienda Po-Sangone, non è contenuta nelle note del 4 settembre 2000 indirizzate a terzi e "per conoscenza" alla ditta interessata, bensì nel su ricordato verbale della Commissione di gara, allegato al rogito notarile e nella disponibilità di chiunque ne facesse richiesta.

Tale motivazione appare, quindi, congrua e sufficiente, essendo idonea a far comprendere l'"iter" logico seguito dalla Commissione di gara in relazione all'obbligo di produzione della documentazione richiesta.

La circostanza, poi, che l'impresa interessata sia stata avvisata solo "per conoscenza" dell'esclusione, e non direttamente, non rileva sulla legittimità del provvedimento ma, semmai, sull'osservanza dei termini a difesa che, nel caso di specie, appaiono comunque rispettati con la presentazione tempestiva del presente ricorso che, quindi, ha consentito efficacemente all'interessata di esercitare il proprio diritto di difesa.

Il primo motivo di ricorso è, quindi, infondato.

Analogamente infondato è anche il secondo motivo di ricorso.

Con esso, la CO.MA.F. s.r.l. ammette che le note del 4 settembre 2000 sopra ricordate richiamano il rogito notarile contenente i verbali di gara ma afferma che questi, costituendo motivazione “per relationem”, non erano stati posti nella sua disponibilità.

Sul punto il Collegio osserva in primo luogo che la medesima ricorrente ammette come la motivazione dell’esclusione sia dunque contenuta “per relationem” al rogito notarile sopra richiamato, contraddicendo quanto illustrato con il primo motivo di ricorso.

Ma anche prescindendo da ciò, si evidenzia che la società ricorrente non fornisce alcun principio di prova in ordine alla asserita circostanza per la quale il suddetto rogito non sarebbe stato posto nella sua disponibilità. Anzi, come giustamente osservato dall’Azienda Po-Sangone, il rogito notarile in questione era redatto per atto pubblico, per definizione suscettibile di accesso ed estrazione di copie.

Da tempo la giurisprudenza, anche di questo Tribunale, ha chiarito, sul punto, che la motivazione “per relationem” non implica l’obbligo di immediata allegazione del provvedimento sul cui richiamo si fa riferimento per illustrare le ragioni della scelta discrezionale della p.a. ma è sufficiente che questo sia nella disponibilità dell’interessato, vale a dire che questi possa agevolmente prenderne visione e, se del caso, estrarne copia anche in un momento successivo.

Tale situazione corrisponde esattamente a quella avvenuta nel caso di specie, per cui la società ricorrente non può dolersi di una circostanza (la mancata messa a disposizione del verbale) che non risulta provata.

Con il terzo motivo di ricorso, la CO.MA.F. s.r.l. lamenta che la richiesta di produzione documentale era generica e non consentiva alla ditta di individuare, nel termine perentorio concesso, quali documenti allegare esattamente, in assenza di specifica elencazione da parte dell’Amministrazione, per cui essa pare invocare una sorta di “errore scusabile”, data la complessità dell’intreccio normativo applicabile, che avrebbe impedito all’Azienda Po-Sangone di procedere all’esclusione.

In subordine, la norma di cui all’art. 10, comma 1 quater, l.n. 109794 sarebbe incostituzionale, in riferimento agli artt. 3, 41 e 97 Cost., perché discriminerebbe le imprese a danno del principio di buon andamento della p.a.

In merito il Collegio ritiene utile ripercorrere l’“iter” del procedimento che ha portato all’esclusione della società ricorrente.

In primo luogo, si evidenzia che l’art 10, comma 1 quater, l.n. 109/94 prevede testualmente che: “I soggetti di cui all’articolo 2, comma 2, prima di procedere all’apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all’unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Quando tale prova non sia fornita...i soggetti aggiudicatori procedono all’esclusione del concorrente dalla gara, alla escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all’Autorità per i provvedimenti di cui all’articolo 4, comma 7, nonché per l’applicazione delle misure sanzionatorie di cui all’articolo 8, comma 7...”.

Il Collegio, quindi, non può fare a meno di osservare che per espressa disposizione di legge le ditte che intendono partecipare a pubbliche gare riconducibili alla normativa di cui alla l.n. 109/94 e s.m.i. devono sapere che esiste la possibilità di essere sorteggiate, in base a quanto disposto dal ricordato art. 10, comma 1 quater, per la produzione della documentazione attestante i requisiti richiesti nel bando di gara.

Ne consegue che le medesime imprese devono essere pronte già all’atto della partecipazione a tale eventualità o, quantomeno, devono poter studiare le disposizioni del bando o della lettera invito, se esistente, per identificare la documentazione necessaria ai fini di una eventuale richiesta ex art. 10 cit.

Non si condivide l’assunto della società ricorrente, quindi, secondo cui in soli dieci giorni di tempo, non potendosi avvalere di specialisti del settore, non era possibile interpretare il bando di gara e le norme regolamentari ivi richiamate, ai fini della corretta ottemperanza al richiesto deposito.

Come giustamente ricordato dalla SMA Torino nella sua memoria difensiva, infatti, la giurisprudenza, con cui il Collegio concorda, ha chiarito che la verifica a sorteggio, di cui all’art. 10, comma 1 quater, cit., trova la sua “ratio”

nell'intento di garantire la "par condicio" nelle gare d'appalto e nell'apprestare una funzione di deterrenza preventiva, in modo da impedire che imprese non aventi diritto, in quanto prive di requisiti richiesti dalla legge di gara, possano artatamente partecipare alla gara, con offerte fittizie in grado comunque di alterare il regolare meccanismo di aggiudicazione (Cons. Stato, sez. I, 4.2.04, n. 5483/03).

Non è assecondabile, quindi, la tesi della società ricorrente secondo cui non poteva in breve tempo identificare i documenti richiesti, perché comunque il bando di gara era preciso nella richiesta di determinati requisiti e l'impresa doveva partecipare alla gara solo sapendo di possederli integralmente, con attività da effettuarsi nei tempi a lei ritenuti più congrui, prima della partecipazione, avvalendosi degli ausili ritenuti più utili.

Chiarito ciò, il Collegio non condivide neanche le tesi della società ricorrente, secondo cui le norme del bando e del DPR n. 34/2000 cui esso si riferiva non erano chiare a sufficienza e l'Azienda doveva elencare nel dettaglio i documenti richiesti.

Il bando di gara prevedeva: al punto 3) la categoria prevalente OS1 importo L. 1.346.861.722 – classifica III L. 2.000.000.000; al punto 7) la circostanza del sorteggio ai sensi dell'art. 10, comma 1 quater, l.n. 109/94, richiedeva ai concorrenti; al punto 12), di documentare, secondo le "modalità di gara": "...c) Attestazione di qualificazione ai sensi dei titoli I,II e III del DPR 25/1/2000 n. 34 nella categoria OS1 che consenta l'assunzione dell'appalto oppure ai sensi dell'art. 29 del medesimo DPR 25/1/2000 n.34, il possesso dei requisiti minimi previsti dall'art. 31 del DPR 25/1/2000 n.34...".

A sua volta le "modalità di gara" allegate al bando ed accettate dalla società ricorrente ai sensi del relativo punto 12, lett. a), prescrivevano che era necessaria, "3.Con riferimento al punto 12) lett. c) del bando.

Attestazione di qualificazione ai sensi dei titoli I,II e III del DPR 25/2/2000 n. 34 nella categoria OS1 per la classifica adeguata

Oppure ai sensi dell'art. 29 del DPR 25/2/2000 n. 34 dichiarazione rilasciata dal legale rappresentante dell'impresa concernente i seguenti requisiti

l'ammontare della cifra d'affari in lavori, realizzata mediante attività diretta e indiretta dell'impresa svolta nel quinquennio precedente alla data della pubblicazione del bando, che non dovrà essere inferiore a 1,75 volte l'importo a base d'asta,

l'esecuzione di lavori nella categoria OS1 nel quinquennio antecedente alla data di pubblicazione del bando, per un importo complessivo non inferiore al 40% dell'importo a base d'asta;

l'ammontare del costo del personale dipendente che non dovrà essere inferiore ai valori fissati dall'art. 18 comma 10 del DPR 34/2000, riferiti alla cifra d'affari effettivamente realizzata:

Dotazione stabile di attrezzatura tecnica per un valore non inferiore all'1% della predetta cifra d'affari in lavori."

E' evidente, quindi, che se la CO.MA.F. s.r.l. ha inteso partecipare alla gara doveva ben sapere a cosa si riferissero tali richiami, non essendo logico dedurre che l'impresa partecipi a gare senza conoscere l'esatta qualificazione richiesta e rinviando solo all'ipotesi dell'estrazione nel sorteggio ex art. 10, comma 1 quater, cit. l'approfondimento della ricerca della necessaria documentazione attestante i requisiti necessari alla partecipazione.

Così, nella lettera del 28 giugno 2000 di richiesta documentazione, era già sufficiente il richiamo alla necessità di dimostrazione dei requisiti richiesti dal punto 12 lett. c) del bando di gara, secondo l'esplicazione delle correlate "modalità di gara", conosciute e accettate dalla società ricorrente al momento della presentazione dell'offerta, per indurre l'impresa a identificare le necessarie attestazioni.

Il richiamo all'art. 18 del DPR n. 34/2000 e alla circolare 1 marzo 2000 n. 182/400/93 erano, semmai, un ulteriore ausilio all'impresa e non, come da essa ritenuto, un aggravamento delle sue incombenze.

Con la nota di richiesta produzione documenti in questione, quindi, l'Azienda si era limitata a richiamare l'applicazione del bando e delle "modalità di gara", secondo le conseguenze previste, per legge, in relazione all'avvenuto sorteggio.

Dalla lettura della documentazione costituente la legge di gara era, quindi, agevole per l'impresa dedurre la documentazione che legittimava alla partecipazione, secondo quanto previsto dall'articolo 31, e per la disciplina transitoria, dall'art. 29 del D.P.R. n. 34/2000.

Che, poi, tali norme a loro volta contengano dei richiami ulteriori non è circostanza che può incidere sulla legittimità dell'esclusione ma sulla opportunità per l'impresa che intenda partecipare a gare di questo tipo di dotarsi di adeguati strumenti idonei all'identificazione preventiva delle categorie di gare cui partecipare.

Nessuna norma di legge, inoltre, impone alle stazioni appaltanti di sostituirsi alle imprese indicando nel dettaglio la documentazione da produrre ai fini dell'attestazione delle categorie che consentono l'assunzione dell'appalto, che devono essere note e documentabili sin dal momento della partecipazione alla gara medesima.

D'altronde la stessa CO.MA.F. s.r.l. non ha contestato immediatamente la mancata indicazione della documentazione da produrre ma, anzi, ha spontaneamente dato luogo ad una produzione in data 28 giugno 2000, ritenendo evidentemente congrua l'indicazione della stazione appaltante.

Solo in data 19 luglio 2000, posteriormente alla disposta esclusione del 10 luglio 2000, la medesima ditta ha indirizzato all'Azienda Po-Sangone una nota in cui, senza contestare la ritenuta genericità della richiesta, specificava di aver inviato "documentazione errata per la dimostrazione requisiti" per aver dato luogo ad "un misto di certificati non confacenti quanto richiesto" e definendo la circostanza come un "grossolano errore" di cui si scusava.

E' evidente, quindi, che l'impresa riteneva di essere in grado di depositare la documentazione attestante i requisiti in base al contenuto della richiesta dell'Azienda Po-Sangone del 28 giugno 2000, per cui non appare plausibile la ricostruzione della società ricorrente che solo in seguito alla conoscenza della disposta esclusione ha lamentato la genericità della richiesta.

Ne consegue che, contrariamente a quanto lamentato, la società ricorrente deve imputare a sé la mancata allegazione richiesta.

Inoltre non risulta impugnata nella presente sede la disposizione della legge di gara che richiedeva i determinati requisiti da dimostrare in riferimento al punto 12 lett. c) del bando per cui ogni doglianza sul punto è comunque inammissibile.

Da ultimo, non appare la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale evidenziata, atteso che la norma di cui all'art. 10, comma 1 quater, l.n. 109/94, come anticipato in precedenza, è stata posta proprio a garanzia della "par condicio" delle imprese partecipanti, ad evitare surrettizie partecipazioni da parte di imprese che possano influire comunque sulle medie di calcolo dei punteggi senza possedere i requisiti necessari come individuati dalla legge e dal bando di gara.

Tale disposizione normativa, quindi, lungi dal discriminare le imprese, ai sensi dell'art. 3 Cost, o dall'impedire la loro libertà di iniziativa economica, ai sensi dell'art. 41 Cost., introduce un principio a loro esclusivo vantaggio e contribuisce, nel senso ora descritto, proprio al buon andamento della p.a. di cui all'art. 97 Cost.

Per quanto esposto, quindi, il ricorso deve essere in parte dichiarato inammissibile e in parte rigettato.

Sussistono, comunque, giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte – 2^a Sezione – in parte dichiara inammissibile e in parte rigetta il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Torino alla camera di consiglio del 23 febbraio 2005, con l'intervento dei signori magistrati:

Giuseppe Calvo Presidente

Ivo Correale Referendario, estensore

Emanuela Loria Referendario

Il Presidente L'Estensore

f.to Calvo f.to Correale

Il Direttore Segreteria II Sezione Depositata in Segreteria a sensi di

f.to Ruggiero Legge il 18 giugno 2005

Il Direttore Segreteria II Sezione
f.to Ruggiero