

Difetto di motivazione del provvedimento di esclusione dalla gara

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Alcuna norma di legge o del bando di gara preclude la presentazione di offerte da parte di ATI, strutturate come quella appellante (una mandataria e due mandanti con la suddivisione dei compiti indicata nel prodotto atto di impegno alla costituzione del raggruppamento).

Va, quindi, confermato l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara con la precisazione che in alcun modo risulta annullato anche il bando di gara, potendo quindi la procedura proseguire con l'ammissione dell'ATI appellata

Con sentenza n. 3766/09 il Tar del Lazio ha accolto il ricorso proposto dalle società Controinteressata e Controinteressata due avverso il provvedimento di esclusione dalla gara, indetta dall'Atac s.p.a. per la fornitura in opera di componenti HW e SW funzionali alla realizzazione di 29 nuove telecamere digitali con relativo servizio di manutenzione.

L'Atac s.p.a. ha proposto ricorso in appello per i motivi che saranno di seguito esaminati.

Controinteressata e Controinteressata due si sono costituite in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso.

Con ordinanza n. 3448/09 questa Sezione ha respinto la domanda cautelare di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata.

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

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo di appello del Consiglio di Stato?

L'oggetto del presente giudizio è costituito dalla contestazione di un provvedimento di esclusione da una gara indetta dall'Atac, adottato nei confronti dell'Ati tra Controinteressata, Controinteressata tre e Controinteressata due.

Il giudice di primo grado ha ritenuto fondate le censure proposte con il ricorso introduttivo e con i motivi aggiunti, rilevando che:

- la clausola del bando in questione (che dispone che "in caso di ATI di imprese di tipo verticale ... il soggetto mandante dovrà possedere per intero il requisito di cui ai punti 12 e ..") si presta a diverse interpretazioni anche perché il riferimento al soggetto mandante è utilizzato al singolare, il che non esclude che possa riferirsi, in caso di ATI verticale, alla sola società a cui, nella ripartizione dei compiti, sia stata affidata la realizzazione delle opere civili;

- in caso di ambiguità va privilegiata l'interpretazione che consente la massima partecipazione alla gara;

- la mandante Controinteressata tre è l'impresa in possesso dell'attestazione OG3 alla quale è affidato il compito, all'interno dell'ATI, di realizzare le opere civili previste nel disciplinare.

Atac s.p.a. contesta tali statuizioni, deducendo che:

a) non si tratterebbe di una ATI verticale, ma di una ATI mista, per la quali i requisiti non sono posseduti nelle percentuali richieste dal bando;

b) il ricorso per motivi aggiunti, proposto in primo grado, è irricevibile per tardività, non essendo stato rispettato il termine dimezzato previsto dall'art. 23-bis della l. Tar;

c) non può essere impugnato con motivi aggiunti il bando di gara, che non è atto sopravvenuto rispetto al provvedimento di esclusione.

Il ricorso è privo di fondamento.

L'impugnato provvedimento esclusione dalla gara è stato adottato sulla base della seguente motivazione: "non è stata ammessa codesta costituenda ATI perché non rispetta quanto prescritto al punto 11 del bando di gara in merito ai requisiti di qualificazione".

Il punto 11 del bando di gara è una clausola articolata, in cui sono previsti diversi requisiti distinti a seconda del tipo di ATI.

La generica formula utilizzata dall'Atac non consente di definire in modo compiuto il provvedimento di esclusione e per tale motivo viola gli artt. 78 e 79 del d. lgs. n. 163/06, che stabiliscono appunto che le stazioni appaltanti debbano comunicare ad ogni concorrente escluso i motivi del rigetto della sua offerta.

La sussistenza del vizio del difetto di motivazione, dedotto dalle imprese con i motivi aggiunti, è confermata dal fatto che nel corso del giudizio sono state fornite dall'Atac più ragioni alternative della causa di esclusione.

Ciò premesso, va comunque rilevato che rispetto al già rilevato difetto di motivazione del provvedimento di esclusione dalla gara, la stazione appaltante ha nel corso del giudizio specificato le ragioni dell'esclusione.

Non si è qui in presenza di un atto di integrazione della motivazione, mai adottato dalla stazione appaltante in sede amministrativa, ma di una difesa svolta in giudizio che può essere valutata ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241/90 al solo fine di verificare se il contenuto del provvedimento impugnato non poteva comunque che essere quello dell'esclusione.

Infatti, un provvedimento di integrazione della motivazione può essere adottato dalla sola amministrazione, esulando dalle competenze dei suoi difensori in giudizio, che possono addurre nuovi elementi solo per dimostrare il carattere vincolato del provvedimento e l'evidenza del contenuto - sempre vincolato - del provvedimento adottato e viziato sotto il profilo formale o procedimentale (nella specie, difetto di motivazione).

Le ragioni dell'esclusione, introdotte solo nel corso del giudizio, sono tuttavia valutabili dal giudice nei limiti in cui si è svolto il contraddittorio in primo grado e si rileva che davanti al Tar l'Atac ha dapprima sostenuto che trattandosi di ATI verticale una delle mandanti non aveva l'attestazione OG3 e poi, con l'ultima memoria, ha aggiunto che non si tratterebbe di una ATI verticale, ma di una ATI mista non ammessa (e che -anche se fosse verticale - continuerebbe a mancare l'attestazione per una delle mandanti).

Tali tesi non sono state condivise dal Tar, che ha qualificato l'ATI come verticale e ha ritenuto che l'attestazione OG3 potesse essere posseduta dalla sola mandante incaricata di eseguire le relative opere civili.

Con il ricorso in appello tale statuizione è stata contestata, ma è stata anche fornita una ulteriore (e

ancora alternativa) ragione dell'esclusione, consistente nel fatto che in presenza di una ATI mista (ritenuta solo ora ammissibile) i requisiti di partecipazione dovevano essere posseduti in percentuali diverse, come previsto dal bando per le associazioni di imprese di tipo orizzontale nell'ambito dell'ATI verticale.

Si tratta di una ulteriore correzione della motivazione del provvedimento di esclusione, che non può essere consentita in appello stante il divieto di *ius novorum*, codificato dall'art. 345 c.p.c., applicabile anche al processo amministrativo (cfr., fra tutte, Consiglio Stato , sez. VI, 1 settembre 2009 , n. 5121).

Con riferimento alle censure ammissibili, si osserva che alcuna norma di legge o del bando di gara preclude la presentazione di offerte da parte di ATI, strutturate come quella appellante (una mandataria e due mandanti con la suddivisione dei compiti indicata nel prodotto atto di impegno alla costituzione del raggruppamento).

Inoltre, come rilevato dal Tar, l'art. 11 del bando fa riferimento al soggetto mandante al singolare, dovendo essere interpretato nel senso della legittimità del possesso della qualificazione OG3 in capo alla sola mandante, incaricata di eseguire le opere civili.

Tali considerazioni sono sufficienti per escludere la fondatezza delle tesi sviluppate dalla difesa della stazione appaltante in primo grado per giustificare il provvedimento di esclusione, mentre va ribadita l'inammissibilità di ulteriori questioni attinenti al difetto dei requisiti per una ATI mista, fermo restando che nel caso di specie risultano prevalenti gli elementi di una ATI verticale.

4. Va, quindi, confermato l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara con la precisazione che in alcun modo risulta annullato anche il bando di gara, potendo quindi la procedura proseguire con l'ammissione dell'ATI appellata.

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 2242 del 21 aprile 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 02242/2010 REG.DEC.

N. 04244/2009 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 4244 del 2009, proposto da:

Atac Spa, rappresentata e difesa dagli avv. *****, con domicilio eletto presso
Grazia ***** in Roma, v.le Ss. ***** e ***** 50;

contro

Controinteressata Spa e Controinteressata due Spa, rappresentate e difese dall'avv. *****,
con domicilio eletto presso ***** in Roma, viale Mazzini N.11;

per la riforma

della sentenza del TAR LAZIO - ROMA :Sezione II TER n. 03766/2009, resa tra le parti, concernente
AFFIDAMENTO FORNITURA IN OPERA DI COMPONENTI INFORMATICI PER 29 TELECAMERE DIG..

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 marzo 2010 il Cons. ***** e uditi per le parti gli avvocati *****, per delega dell'Avv. *****, e *****;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con sentenza n. 3766/09 il Tar del Lazio ha accolto il ricorso proposto dalle società Controinteressata e Controinteressata due avverso il provvedimento di esclusione dalla gara, indetta dall'Atac s.p.a. per la fornitura in opera di componenti HW e SW funzionali alla realizzazione di 29 nuove telecamere digitali con relativo servizio di manutenzione.

L'Atac s.p.a. ha proposto ricorso in appello per i motivi che saranno di seguito esaminati.

Controinteressata e Controinteressata due si sono costituite in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso.

Con ordinanza n. 3448/09 questa Sezione ha respinto la domanda cautelare di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata.

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

2. L'oggetto del presente giudizio è costituito dalla contestazione di un provvedimento di esclusione da una gara indetta dall'Atac, adottato nei confronti dell'Ati tra Controinteressata, Controinteressata tre e Controinteressata due.

Il giudice di primo grado ha ritenuto fondate le censure proposte con il ricorso introduttivo e con i motivi aggiunti, rilevando che:

- la clausola del bando in questione (che dispone che "in caso di ATI di imprese di tipo verticale ... il soggetto mandante dovrà possedere per intero il requisito di cui ai punti 12 e ..") si presta a diverse interpretazioni anche perché il riferimento al soggetto mandante è utilizzato al singolare, il che non esclude che possa riferirsi, in caso di ATI verticale, alla sola società a cui, nella ripartizione dei compiti, sia stata affidata la realizzazione delle opere civili;

- in caso di ambiguità va privilegiata l'interpretazione che consente la massima partecipazione alla gara;

- la mandante Controinteressata tre è l'impresa in possesso dell'attestazione OG3 alla quale è affidato il compito, all'interno dell'ATI, di realizzare le opere civili previste nel disciplinare.

Atac s.p.a. contesta tali statuizioni, deducendo che:

a) non si tratterebbe di una ATI verticale, ma di una ATI mista, per la quali i requisiti non sono posseduti nelle percentuali richieste dal bando;

b) il ricorso per motivi aggiunti, proposto in primo grado, è irricevibile per tardività, non essendo stato rispettato il termine dimezzato previsto dall'art. 23-bis della l. Tar;

c) non può essere impugnato con motivi aggiunti il bando di gara, che non è atto sopravvenuto rispetto al provvedimento di esclusione.

Il ricorso è privo di fondamento.

L'impugnato provvedimento esclusione dalla gara è stato adottato sulla base della seguente motivazione: "non è stata ammessa codesta costituenda ATI perché non rispetta quanto prescritto al punto 11 del bando di gara in merito ai requisiti di qualificazione".

Il punto 11 del bando di gara è una clausola articolata, in cui sono previsti diversi requisiti distinti a seconda del tipo di ATI.

La generica formula utilizzata dall'Atac non consente di definire in modo compiuto il provvedimento di esclusione e per tale motivo viola gli artt. 78 e 79 del d. lgs. n. 163/06, che stabiliscono appunto che le stazioni appaltanti debbano comunicare ad ogni concorrente escluso i motivi del rigetto della sua offerta.

La sussistenza del vizio del difetto di motivazione, dedotto dalle imprese con i motivi aggiunti, è confermata dal fatto che nel corso del giudizio sono state fornite dall'Atac più ragioni alternative della causa di esclusione.

3. Le contestazioni mosse dall'appellante circa la ricevibilità e la ammissibilità dei motivi aggiunti sono in parte infondate e in parte inammissibili per difetto di interesse.

Anche senza affrontare la questione dell'applicabilità ai motivi aggiunti del dimezzamento dei termini previsto dall'art. 23-bis della l. Tar, rimessa da questa Sezione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Cons. Stato, V, n. 7793/09), si rileva che nel caso di specie i nuovi motivi avverso il provvedimento di esclusione sono comunque stati proposti nel termine di sessanta giorni dalla sua conoscenza.

Inoltre, il bando è stato impugnato solo in via subordinata e il Tar, pur accogliendo ricorso principale e motivi aggiunti, ha ritenuto illegittimo il provvedimento di esclusione per un suo autonomo vizio, e non per una illegittimità della clausola del bando. Di conseguenza, il bando non è stato annullato e alcun rilievo assume la questione della tempestività della sua impugnazione.

4. Ciò premesso, va comunque rilevato che rispetto al già rilevato difetto di motivazione del provvedimento di esclusione dalla gara, la stazione appaltante ha nel corso del giudizio specificato le ragioni dell'esclusione.

Non si è qui in presenza di un atto di integrazione della motivazione, mai adottato dalla stazione appaltante in sede amministrativa, ma di una difesa svolta in giudizio che può essere valutata ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241/90 al solo fine di verificare se il contenuto del provvedimento impugnato non poteva comunque che essere quello dell'esclusione.

Infatti, un provvedimento di integrazione della motivazione può essere adottato dalla sola amministrazione, esulando dalle competenze dei suoi difensori in giudizio, che possono addurre nuovi elementi solo per dimostrare il carattere vincolato del provvedimento e l'evidenza del contenuto - sempre vincolato - del provvedimento adottato e viziato sotto il profilo formale o procedimentale (nella specie, difetto di motivazione).

Le ragioni dell'esclusione, introdotte solo nel corso del giudizio, sono tuttavia valutabili dal giudice nei limiti in cui si è svolto il contraddittorio in primo grado e si rileva che davanti al Tar l'Atac ha dapprima

sostenuto che trattandosi di ATI verticale una delle mandanti non aveva l'attestazione OG3 e poi, con l'ultima memoria, ha aggiunto che non si tratterebbe di una ATI verticale, ma di una ATI mista non ammessa (e che -anche se fosse verticale - continuerebbe a mancare l'attestazione per una delle mandanti).

Tali tesi non sono state condivise dal Tar, che ha qualificato l'ATI come verticale e ha ritenuto che l'attestazione OG3 potesse essere posseduta dalla sola mandante incaricata di eseguire le relative opere civili.

Con il ricorso in appello tale statuizione è stata contestata, ma è stata anche fornita una ulteriore (e ancora alternativa) ragione dell'esclusione, consistente nel fatto che in presenza di una ATI mista (ritenuta solo ora ammissibile) i requisiti di partecipazione dovevano essere posseduti in percentuali diverse, come previsto dal bando per le associazioni di imprese di tipo orizzontale nell'ambito dell'ATI verticale.

Si tratta di una ulteriore correzione della motivazione del provvedimento di esclusione, che non può essere consentita in appello stante il divieto di ius novorum, codificato dall'art. 345 c.p.c., applicabile anche al processo amministrativo (cfr., fra tutte, Consiglio Stato , sez. VI, 1 settembre 2009 , n. 5121).

Con riferimento alle censure ammissibili, si osserva che alcuna norma di legge o del bando di gara preclude la presentazione di offerte da parte di ATI, strutturate come quella appellante (una mandataria e due mandanti con la suddivisione dei compiti indicata nel prodotto atto di impegno alla costituzione del raggruppamento).

Inoltre, come rilevato dal Tar, l'art. 11 del bando fa riferimento al soggetto mandante al singolare, dovendo essere interpretato nel senso della legittimità del possesso della qualificazione OG3 in capo alla sola mandante, incaricata di eseguire le opere civili.

Tali considerazioni sono sufficienti per escludere la fondatezza delle tesi sviluppate dalla difesa della stazione appaltante in primo grado per giustificare il provvedimento di esclusione, mentre va ribadita l'inammissibilità di ulteriori questioni attinenti al difetto dei requisiti per una ATI mista, fermo restando che nel caso di specie risultano prevalenti gli elementi di una ATI verticale.

4. Va, quindi, confermato l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara con la precisazione che in alcun modo risulta annullato anche il bando di gara, potendo quindi la procedura proseguire con l'ammissione dell'ATI appellata.

Alla reiezione del ricorso in appello seguono le spese di tale grado di giudizio, liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge il ricorso in appello indicato in epigrafe.

Condanna l'appellante ATAC alla rifusione, in favore delle società appellate delle spese di giudizio, liquidate nella complessiva somma di Euro 5.000,00, oltre *** e C.P.;

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 marzo 2010 con l'intervento dei Signori:

***** , Presidente FF

Filoreto ***** , Consigliere

Marzio Branca, Consigliere

***** , Consigliere

***** , ***** , Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/04/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione

<https://www.diritto.it/difetto-di-motivazione-del-provvedimento-di-esclusione-dalla-gara/>