

Legittima esclusione in caso di mancata produzione della dichiarazione sostitutiva attestante che la procura dalla quale rivengono i poteri del sottoscrittore dell'istanza di partecipazione è tuttora "valida ed efficace, e che non è stata revocata, né sos

Autore: Lazzini Sonia

In: Coperture assicurative

Legittima esclusione in caso di mancata produzione della dichiarazione sostitutiva attestante che la procura dalla quale rivengono i poteri del sottoscrittore dell'istanza di partecipazione è tuttora "valida ed efficace, e che non è stata revocata, né sospesa, né modificata in tutto o in parte".

qualora il bando commini espressamente l'esclusione dalla gara in conseguenza di determinate prescrizioni, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa e incondizionata esecuzione a dette prescrizioni,

restando preclusa all'interprete ogni valutazione circa la rilevanza dell'inadempimento, la sua incidenza sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella lex specialis, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è autovincolata al momento del bando.

Ciò va ribadito, in particolare, nelle fattispecie come quella in esame laddove la clausola sia chiaramente evidenziata nell'ambito della lex specialis, cosicché i partecipanti risultavano correttamente informati dell'obbligo di presentare la richiesta documentazione a pena di esclusione.

Con il ricorso in epigrafe, la società Ricorrente collocatasi al secondo posto della gara indetta dalla

Provincia Regionale di Ragusa per i lavori di manutenzione straordinaria nelle SS.PP. 19 e 85 ha impugnato i provvedimenti con i quali la società Ambiente e Territorio s.r.l., è stata ammessa alla gara in questione ed è stata dichiarata aggiudicataria.

Il ricorso è affidato ai seguenti tre motivi:

1) Violazione del punto 1.1) del disciplinare per non avere la controinteressata prodotto agli atti di gara la dichiarazione sostitutiva attestante che la procura dalla quale rivengono i poteri del sottoscrittore dell'istanza di partecipazione è tuttora "valida ed efficace, e che non è stata revocata, né sospesa, né modificata in tutto o in parte".

2) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 30, l. n. 109/94 testo coordinato, del punto 9 del bando e del punto 6 del disciplinare di gara; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 23 codice dell'amministrazione digitale (D.Lgs. n. 82/2005); eccesso di potere per difetto di istruttoria e violazione della par condicio tra i concorrenti in relazione all'inidoneità della cauzione prodotta dalla società controinteressata a provare l'adempimento dell'onere documentale imposto dalla legge e dal bando "a pena di esclusione", trattandosi di un mero documento cartaceo, privo di sottoscrizione originale del garante.

La società Controinteressata spa, e l'UREGA si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso.

La società controinteressata ha, inoltre, proposto ricorso incidentale subordinato all'eventuale fondatezza del primo motivo di ricorso sostenendo che i poteri rappresentativi del procuratore erano comunque ricavabili dalla visura camerale prodotta in atti e che in ogni caso, la fattispecie in esame sarebbe riconducibile alle ipotesi in cui il seggio ha l'obbligo di chiedere al concorrente di integrare la documentazione, tanto più che l'onere formale violato (dichiarazione sostitutiva da allegare alla procura)

non è previsto dalla normativa di settore (testo coordinato della legge Merloni, come recepito in Sicilia, l. reg. n. 7/02 e ss.mm.ii.) e, quindi, costituirebbe un inutile aggravamento in violazione del principio del favor participationis.

Con ordinanza n. 203/2010 è stata accolta l'istanza cautelare; il C.G.A. con ordinanza n. 305/2010 ha respinto l'appello avverso l'ordinanza di primo grado rilevando che "il disciplinare di gara stabilisce chiaramente l'onere di produrre a corredo della procura, una dichiarazione resa ai sensi del DPR 445/2000; che sia il deposito della procura, sia quello della dichiarazione sono adempimenti presidiati dalla sanzione espulsiva e, quindi, in ossequio al principio di pari trattamento tra i concorrenti, non suscettibili di regolarizzazione né sostituibili con la produzione di atti equipollenti; che, peraltro, la riferita prescrizione del disciplinare di gara non si presenta prima facie illegittima in quanto all'evidenza giustificata dall'esigenza di rafforzare la certezza giuridica degli impegni e delle dichiarazioni contenuti nelle offerte".

Alla pubblica udienza del 21 ottobre 2010, il ricorso è stato trattenuto in decisione, come da verbale.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Il ricorso è fondato, nei termini di seguito precisati.

Nel caso di specie, non può trovare applicazione il principio di regolarizzazione della documentazione mancante trattandosi di clausola chiara e inequivoca, prevista a pena d'esclusione espressa, giacché la richiesta di regolarizzazione o integrazione documentale, ove applicata, si risolverebbe in una palese violazione della par condicio nei confronti di quelle imprese concorrenti, che abbiano, invece, puntualmente rispettato la disciplina prevista dalla lex specialis di gara; tale richiesta è possibile solo in caso di equivocità della clausola del bando mentre alla presenza di una prescrizione chiara, come nel caso di specie, un eventuale invito da parte della stazione appaltante alla regolarizzazione dei documenti,

costituirebbe violazione del predetto principio (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2007, n. 2254).

Alla luce delle considerazioni che precedono e assorbito quanto altro anche per ragioni di economia processuale dettate dalla norma dell'art. 120, comma 10° del D.Lgs. 104/2010, il ricorso è fondato e va accolto, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 4560 del 30 novembre 2010 pronunciata dal Tar Sicilia, Catania

N. 04560/2010 REG.SEN.

N. 00059/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 59 del 2010, proposto da:***

contro***

nei confronti di***

per l'annullamento

-dei verbali alle sedute dell'UREGA dei giorni 21,22,23,26e 27 ottobre 2009 nella quale in cui l'ATI controinteressata è stata ammessa alla gara indicata in atti e dichiarata aggiudicataria provvisoria;

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva, non conosciuto;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Assessorato Regionale Ai Lavori Pubblici e di Controinteressata Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 ottobre 2010 il Primo Referendario Agnese Anna Barone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe, la società Ricorrente collocatasi al secondo posto della gara indetta dalla Provincia Regionale di Ragusa per i lavori di manutenzione straordinaria nelle SS.PP. 19 e 85 ha impugnato i provvedimenti con i quali la società Ambiente e Territorio s.r.l., è stata ammessa alla gara in questione ed è stata dichiarata aggiudicataria.

Il ricorso è affidato ai seguenti tre motivi:

1) Violazione del punto 1.1) del disciplinare per non avere la controinteressata prodotto agli atti di gara la dichiarazione sostitutiva attestante che la procura dalla quale rivengono i poteri del sottoscrittore

dell'istanza di partecipazione è tuttora "valida ed efficace, e che non è stata revocata, né sospesa, né modificata in tutto o in parte".

2) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 30, l. n. 109/94 testo coordinato, del punto 9 del bando e del punto 6 del disciplinare di gara; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 23 codice dell'amministrazione digitale (D.Lgs. n. 82/2005); eccesso di potere per difetto di istruttoria e violazione della par condicio tra i concorrenti in relazione all'inidoneità della cauzione prodotta dalla società controinteressata a provare l'adempimento dell'onere documentale imposto dalla legge e dal bando "a pena di esclusione", trattandosi di un mero documento cartaceo, privo di sottoscrizione originale del garante.

La società Controinteressata spa, e l'UREGA si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso.

La società controinteressata ha, inoltre, proposto ricorso incidentale subordinato all'eventuale fondatezza del primo motivo di ricorso sostenendo che i poteri rappresentativi del procuratore erano comunque ricavabili dalla visura camerale prodotta in atti e che in ogni caso, la fattispecie in esame sarebbe riconducibile alle ipotesi in cui il seggio ha l'obbligo di chiedere al concorrente di integrare la documentazione, tanto più che l'onere formale violato (dichiarazione sostitutiva da allegare alla procura) non è previsto dalla normativa di settore (testo coordinato della legge Merloni, come recepito in Sicilia, l. reg. n. 7/02 e ss.mm.ii.) e, quindi, costituirebbe un inutile aggravamento in violazione del principio del favor participationis.

Con ordinanza n. 203/2010 è stata accolta l'istanza cautelare; il C.G.A. con ordinanza n. 305/2010 ha respinto l'appello avverso l'ordinanza di primo grado rilevando che "il disciplinare di gara stabilisce chiaramente l'onere di produrre a corredo della procura, una dichiarazione resa ai sensi del DPR 445/2000; che sia il deposito della procura, sia quello della dichiarazione sono adempimenti presidiati dalla sanzione espulsiva e, quindi, in ossequio al principio di pari trattamento tra i concorrenti, non suscettibili di regolarizzazione né sostituibili con la produzione di atti equipollenti; che, peraltro, la riferita prescrizione del disciplinare di gara non si presenta prima facie illegittima in quanto all'evidenza giustificata dall'esigenza di rafforzare la certezza giuridica degli impegni e delle dichiarazioni contenuti

nelle offerte”.

Alla pubblica udienza del 21 ottobre 2010, il ricorso è stato trattenuto in decisione, come da verbale.

DIRITTO

Il ricorso è fondato, nei termini di seguito precisati.

Come già rilevato in sede cautelare assume carattere assorbente la fondatezza del primo motivo di ricorso con il quale è stata dedotta la violazione del punto 1.1. del disciplinare (a tenore del quale “la domanda può essere sottoscritta anche da un procuratore del legale rappresentante e in tal caso va trasmessa a pena d’esclusione, la relativa procura accompagnata da dichiarazione resa ai sensi dell’art. 47 del DPR 445/2000 che la procura stessa è tuttora valida ed efficace e che non è stata revocata né sospesa, né modificata in tutto o in parte”) mentre, in punto di fatto, risulta pacifica la mancata produzione, da parte dell'odierna ricorrente, della documentazione richiesta, da cui è conseguita l'esclusione.

A tale riguardo, il Collegio rileva preliminarmente che la clausola in questione non presenta alcun aspetto di irragionevolezza, trattandosi di documentazione richiesta a tutela di un interesse pubblico quale quello certezza giuridica del soggetto che si impegna con la p.a., né comporta alcun aggravamento procedurale a carico del concorrente, traducendosi nella semplice allegazione di una dichiarazione sostitutiva che il procuratore ben avrebbe potuto e dovuto agevolmente produrre agli atti gara.

Va, pertanto, confermato il principio generale secondo il quale, qualora il bando commini espressamente l'esclusione dalla gara in conseguenza di determinate prescrizioni, l'Amministrazione è tenuta a dare

precisa e incondizionata esecuzione a dette prescrizioni, restando preclusa all'interprete ogni valutazione circa la rilevanza dell'inadempimento, la sua incidenza sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è autovincolata al momento del bando. Ciò va ribadito, in particolare, nelle fattispecie come quella in esame laddove la clausola sia chiaramente evidenziata nell'ambito della *lex specialis*, cosicché i partecipanti risultavano correttamente informati dell'obbligo di presentare la richiesta documentazione a pena di esclusione.

Pertanto, nel caso di specie, non può trovare applicazione il principio di regolarizzazione della documentazione mancante trattandosi di clausola chiara e inequivoca, prevista a pena d'esclusione espressa, giacché la richiesta di regolarizzazione o integrazione documentale, ove applicata, si risolverebbe in una palese violazione della par condicio nei confronti di quelle imprese concorrenti, che abbiano, invece, puntualmente rispettato la disciplina prevista dalla *lex specialis* di gara; tale richiesta è possibile solo in caso di equivocità della clausola del bando mentre alla presenza di una prescrizione chiara, come nel caso di specie, un eventuale invito da parte della stazione appaltante alla regolarizzazione dei documenti, costituirebbe violazione del predetto principio (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2007, n. 2254).

Alla luce delle considerazioni che precedono e assorbito quanto altro anche per ragioni di economia processuale dettate dalla norma dell'art. 120, comma 10° del D.Lgs. 104/2010, il ricorso è fondato e va accolto, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono poste a carico della Provincia Regionale di Ragusa, che non ha tempestivamente provveduto all'esclusione della contro interessata, mentre possono essere compensate tra le altre parti del giudizio.

Infine, va precisato che dal verbale di gara del 27/10/2009 emerge che 235 imprese su 236 hanno presentato la medesima il medesimo ribasso percentuale (7,3152%), per cui il Collegio non può fare a meno di rilevare l'ormai ricorrente fenomeno dell'identità della percentuale di ribasso presentata dai

concorrenti, mentre per nozione di comune esperienza (art. 115 c.p.c.) appare di difficile probabilità statistica che l'identica percentuale di ribasso possa essere frutto di casualità, tenuto conto anche della disciplina introdotta dalla l.r. 20/2007 che aumentato da 3 a 4 il numero delle cifre decimali da indicare nel ribasso percentuale offerto da ciascun concorrente (cfr. C.G.A. ord. n.343/2009 T.A.R. Sicilia- Palermo, sez II, ordinanza 325/2009). Tale fenomeno già sintomatico della violazione della regola della segretezza dell'offerta propria dell'evidenza pubblica, induce a ritenere che l'identità di un elevato numero di percentuale di ribasso oltre a influenzare le medie aritmetiche possa assumere i connotati di un ribasso d'asta concordato tra i concorrenti, idoneo a integrare gli estremi del reato di turbativa d'asta di cui all'art. 353 c.p. Per le ragioni suesposte e per l'elevata incidenza statistica di tale fenomeno nella quasi totalità delle gare di appalto di lavori pubblici nella regione Siciliana, va disposta la trasmissione degli atti alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Ragusa, competente per territorio in relazione al luogo di svolgimento delle operazioni di gara, per la valutazione della sussistenza di eventuali ipotesi di reato nei fatti descritti; copia della presente ordinanza va trasmessa, altresì, alla Procura regionale della Corte dei Conti di Palermo, per quanto di competenza in relazione all'eventuale riscontro di danno erariale.

P.Q.M.

Accoglie nei sensi di cui in motivazione il ricorso indicato in epigrafe e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati. Condanna la Provincia Regionale di Ragusa alla refusione delle spese processuali in favore della ricorrente GOGEMAR che liquida in complessivi € 3.000 (euro tremila/00).

Compensa le spese tra le parti del giudizio.

Manda alla Segreteria per la trasmissione di copia della presente ordinanza alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Ragusa e alla Procura Regionale della Corte dei Conti di Palermo per le rispettive determinazioni di competenza, conservando copia degli atti a disposizione delle Procure medesime.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Schillaci, Presidente

Pancrazio Maria Savasta, Consigliere

Agnese Anna Barone, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/11/2010

IL SEGRETARIO

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

<https://www.diritto.it/legittima-esclusione-in-caso-di-mancata-produzione-della-dichiarazione-sostitutiva-at-testante-che-la-procura-dalla-quale-rivengono-i-poteri-del-sottoscrittore-dell-istanza-di-partecipazione-e-tuttora/>