

## La procedura di gara non si deve trasformare in un terreno di “caccia” all’errore formale

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Soggetti ammessi a partecipare

La lettera m-ter dell’articolo 38 del codice dei contratti

La disposizione non appare particolarmente chiara

Particolare “tecnicismo” porta a errore

Possibilità di integrare la dichiarazione temporale

Sempre nel rispetto del principio di par condicio fra i concorrenti

la procedura di gara non si deve trasformare in un terreno di “caccia” all’errore formale

Obbligatoria richiesta di integrazione documentale in caso di norma entrata in vigore poco prima della pubblicazione del bando e non ancora metabolizzata (la lettera m-ter dell’articolo 38 del codice dei contratti sui reati di mafia)

il potere/dovere di disporre l'integrazione documentale (finalizzato a far prevalere, entro certi limiti, la sostanza sul formalismo) diviene modus operandi ordinario e trova un suo limite ontologico solo nel rispetto del principio di par condicio fra i concorrenti

il requisito necessario per la partecipazione era sussistente in capo all'impresa, anche se non esaustivamente dichiarato

la dichiarazione parziale allegata alla domanda non è frutto di una "maliziosa" redazione della documentazione, ma è ascrivibile probabilmente ad una frettolosa e/o inesatta lettura del testo di legge

In considerazione del descritto evolversi dei fatti, allora, si può sostenere che la stazione appaltante non avrebbe potuto disporre - come ipotizzato dal ricorrente - l'immediata ed automatica esclusione della concorrente che aveva presentato una dichiarazione (conforme al bando, seppur) incompleta, ma al contrario avrebbe dovuto avviare quell'attività istruttoria supplementare prevista nel citato art. 46, allo scopo di chiarire l'effettiva sussistenza o insussistenza del requisito, consentendo alla parte di regolarizzare (rectius, integrare) la dichiarazione presentata

la lettera m-ter dell'articolo 38 del codice dei contratti - inserita nell'ordinamento degli appalti pubblici con la L. 94/2009 - ha introdotto un requisito soggettivo indefettibile ai fini della partecipazione alle procedure di gara, prevedendo l'esclusione dei soggetti che non abbiano denunciato all'A.G. il fatto di aver subito estorsioni o concussioni aggravate dalla circostanza di cui all'art. 7 del D.L. 152/1991 (concernente i reati cd. "di mafia").

In esecuzione della predetta norma, il bando che regola la procedura oggi in esame prescriveva ai concorrenti di dichiarare, a pena di esclusione, di non trovarsi nelle condizioni indicate nel predetto articolo.

Di fatto, è accaduto che il consorzio aggiudicatario avesse dichiarato l'inesistenza delle condizioni ostantive indicate nell'art. 38, lett. m-ter, ma avesse al contempo limitato tale dichiarazione solo con riguardo ai "tre anni antecedenti la pubblicazione del bando".

Ne consegue, secondo quanto denunciato in ricorso, l'incompletezza della dichiarazione, la violazione della norma di legge e della clausola di bando, ed il conseguenziale obbligo di escludere dalla procedura l'impresa in questione.

Il controinteressato si difende sul punto asserendo che la stazione appaltante avrebbe potuto verificare agevolmente tramite l'Osservatorio dei contratti pubblici la sussistenza completa del requisito, affermato nella dichiarazione della parte solo per un periodo di tempo limitato; per altro verso, postula l'attivazione del rimedio previsto dall'art. 46 del D. Lgs. 163/2006, convenzionalmente denominato "soccorso istruttorio", che consente alle stazioni appaltanti, se necessario, di invitare "i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Il Collegio - andando di contrario avviso rispetto alla valutazione espressa in sede cautelare, che comunque risulta sempre ancorata ad un esame sommario degli atti e dei fatti - ritiene infondata la censura in esame per le considerazioni che seguono.

In primo luogo, deve essere rilevato che - sul piano meramente lessicale - la lettera m-ter dell'articolo in esame contiene comunque un riferimento ad un termine triennale, nella parte in cui afferma che "La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando".

Orbene, se è certamente vero che tale limitazione temporale attiene alla fase della prova della omessa denuncia, che va appunto valutata avendo riguardo alla richiesta di rinvio a giudizio formulata nei tre anni antecedenti la pubblicazione del bando, è anche vero che la disposizione non appare particolarmente chiara e che il particolare “tecnicismo” che la connota potrebbe indurre in errore l'imprenditore che presenta domanda di partecipazione alla gara, non avendo egli (di norma) specifiche competenze in tema di valutazione degli istituti giuridici. La conclusione appena raggiunta, peraltro, si rafforza ove si consideri che la disposizione in questione era entrata in vigore pochi mesi prima della pubblicazione del bando; sicchè è facile ritenere che il suo contenuto precettivo non fosse stato ancora ben “metabolizzato” dalla platea dei potenziali concorrenti.

In secondo luogo, ed a conferma di quanto appena detto, si osserva che l'impresa aggiudicataria - dopo che la questione è stata sollevata con il ricorso - ha presentato una dichiarazione integrativa (ancora non valutata dalla stazione appaltante) nella quale afferma a chiare lettere e senza limitazioni di tempo di non essere mai stata vittima di alcuno dei reati indicati dalla norma in esame. Circostanza, questa, che consente di affermare: a) che il requisito necessario per la partecipazione era sussistente in capo all'impresa, anche se non esaustivamente dichiarato; b) che la dichiarazione parziale allegata alla domanda non è frutto di una “maliziosa” redazione della documentazione, ma è ascrivibile probabilmente ad una frettolosa e/o inesatta lettura del testo di legge

In proposito, il Collegio è consapevole della cautela e dell'atteggiamento restrittivo a volte manifestati dalla giurisprudenza in ordine alla possibilità di integrare la documentazione nel corso dello svolgimento della procedura di gara. Tuttavia, va precisato che le remore manifestate sul punto dai giudici di merito, da un lato, riguardano solo la possibilità di integrare (cioè di produrre ex novo) un documento di gara del tutto mancante, e non si applicano quindi alle ipotesi (come quella in esame) in cui si postula solo il chiarimento sul piano contenutistico di una dichiarazione già comunque prodotta entro i termini (ex multis, Tar Lazio Roma, 32141/2010; Tar Sardegna, 21627/2010; C. di S., V, 5084/2010; Tar Torino, 2722/2010; Tar Napoli, 9649/2010; Tar Catania, 1513/2010); d'altra parte, e conseguentemente, il potere/dovere di disporre l'integrazione documentale (finalizzato a far prevalere, entro certi limiti, la sostanza sul formalismo) diviene modus operandi ordinario e trova un suo limite ontologico solo nel rispetto del principio di par condicio fra i concorrenti. Ed a tal proposito, è facile sostenere che si ha lesione della regola della par condicio quando si adotta un comportamento “speciale” o “particolare” in

favore di un concorrente, consentendogli - ad esempio - di produrre fuori termine un documento o dichiarazione non prodotti, perché in tal caso le regole (ed i termini) della gara non verrebbero applicate in modo uguale a tutti i partecipanti. Diversamente, non si arreca alcun vulnus al principio di parità di trattamento allorché si consente al concorrente di integrare il contenuto di un documento o dichiarazione comunque già prodotti entro i termini.

Se si ragionasse diversamente, si finirebbe con lo stravolgere la stessa funzione della procedura selettiva, che da mezzo per la scelta del “miglior contraente” per la PA verrebbe trasformato in strumento di individuazione della domanda formalmente “più corretta”; con effetti nefasti per il principio di buon andamento della PA, dato che non è sempre vero che la documentazione formalmente ineccepibile provenga dal miglior contraente.

In altre parole, si correrebbe il rischio di trasformare la procedura di gara in un terreno di “caccia” all’errore formale; rischio che oggi si accresce sempre di più, man mano che la legislazione introduce per i partecipanti dei requisiti (ed i conseguenti oneri di documentazione) sempre più articolati e complessi.

In conclusione, per quanto ampiamente esposto, i primi due motivi di ricorso (aventi identico contenuto) non risultano fondati

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 186 del 27 gennaio 2011 pronunciata dal Tar Sicilia, Catania

N. 00186/2011 REG.PROV.COLL.

N. 01586/2010 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 1586 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da\*\*\*

contro\*\*\*

nei confronti di\*\*\*

per l'annullamento

Ricorso introduttivo

- Dei verbali di gara dei giorni 3, 5, 8, 10, 12, 17, 19, 25, 29 marzo 2010 relativi all'appalto di lavori di restauro del Teatro Comunale di Siracusa;
  
- della nota dell'\*\*\*\*\* n. 946 del 29.03.2010 con la quale è stato inviato il verbale contenente la proposta di aggiudicazione;
  
- dell'aggiudicazione provvisoria della gara formatasi per decorso del termine;
  
- della nota n. 2679 del 27.05.2010 con la quale il Comune di Siracusa ha respinto i rilievi e le contestazioni rivolte all'aggiudicazione provvisoria, con conseguente conferma della proposta avanzata dall'\*\*\*\*\*;
  
- dell'aggiudicazione definitiva della gara in favore del Consorzio Ciro Controinteressato, comunque ed in qualsiasi forma intervenuta;
  
- di ogni altro atto presupposto connesso e/o consequenziale;

#### Motivi aggiunti

- Del provvedimento col quale il RUP ha accolto il reclamo dell'impresa \*\*\*\*\* demandando all'U.R.E.G.A. la riapertura della gara;
  
- della nota prot. 1276 del 18.06.2010 con la quale è stata fissata la data di riapertura della gara;

- del verbale dell'\*\*\*\*\* del 25 giugno 2010 e della nota di trasmissione del verbale stesso;
- dell'eventuale provvedimento espresso o tacito con il quale il Comune di Siracusa ha approvato il verbale dell'\*\*\*\*\* e confermata l'aggiudicazione nei confronti del Consorzio;
- dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto, comunque formatasi;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale;

per l'accoglimento

- della domanda di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del contratto;
- della domanda di declaratoria di inefficacia del contratto stesso, se già stipulato;
- della domanda di subentro nel contratto, ove stipulato;
- della domanda di applicazione delle sanzioni alternative ex art. 245-quater del D. Lgs. 163/2006;

in subordine, della domanda di risarcimento danni per equivalente monetario;



Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Siracusa e di Assessorato Regionale Lavori Pubblici e di U.R.E.G.A. - Sezione Provinciale di Siracusa e di Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro \*\*\*

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 dicembre 2010 il dott. \*\*\*\*\* e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Nell'ambito della gara d'appalto indetta dal Comune di Siracusa per l'affidamento dei lavori di restauro del teatro comunale è stato dichiarato aggiudicatario il Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "\*\*\*\*\*" S.c.p.a.; mentre il consorzio Ricorrente Consorzio Stabile Società Consortile S.r.l. è risultato secondo graduato nel sorteggio.

Avverso gli atti di aggiudicazione dell'appalto al Consorzio "\*\*\*\*\*" il Consorzio Ricorrente e la consorziata RICORRENTE DUE srl hanno proposto il ricorso in epigrafe, deducendo l'illegittimità delle operazioni di gara nella parte in cui non hanno determinato l'esclusione del consorzio aggiudicatario, e sollevando specificamente le seguenti censure:

1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, co. 1, lett. m-ter del D. Lgs. 163/2006 e s.m.i. - violazione e falsa applicazione del punto 4, lett. A), del disciplinare di gara nonché delle avvertenze espulsive del disciplinare di gara in ordine al contenuto della busta "A" - eccesso di potere - carenza di istruttoria - travisamento dei fatti - illogicità e contraddittorietà manifeste - difetto di motivazione - violazione della par condicio tra i concorrenti - violazione dei canoni di buon andamento ed imparzialità della PA;

2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, co. 1, lett. m-ter del D. Lgs. 163/2006 e s.m.i. - violazione e falsa applicazione del punto 4, lett. A), del disciplinare di gara nonché delle avvertenze espulsive del disciplinare di gara in ordine al contenuto della busta "A" - eccesso di potere - carenza di istruttoria - travisamento dei fatti - illogicità e contraddittorietà manifeste - difetto di motivazione - violazione della par condicio tra i concorrenti - violazione dei canoni di buon andamento ed imparzialità della PA;

3. Violazione e falsa applicazione del punto 12 del bando di gara - violazione e falsa applicazione delle norme dei principi in materia di ammissione alle gare di appalto - eccesso di potere - carenza di istruttoria - travisamento dei fatti - errore materiale - illogicità e contraddittorietà manifeste - violazione della par condicio tra i concorrenti - violazione dei canoni di buon andamento ed imparzialità della PA.

Si sono costituiti in giudizio per resistere il Consorzio "\*\*\*\*\*", la Alfa Costruzioni s.c.a r.l. in qualità di cooperativa designata per l'esecuzione dei lavori, il Comune di Siracusa e l'Assessorato regionale LL.PP.- UREGA di Siracusa.

Con ordinanza n. 899/2010, in risposta alla domanda cautelare avanzata dal ricorrente, è stata fissata la

trattazione del merito ai sensi dell'art. 23 bis, co. 3, della l. 1034/1971, in ragione dell'apparente fondatezza del vizio di violazione dell'art. 38, lett. m-ter, del Codice dei contratti pubblici.

Al fine di completare la dichiarazione di cui all'art. 38, lett. m-ter - di cui in ricorso è stata denunciata l'irregolarità - il controinteressato aggiudicatario ha presentato alla stazione appaltante una dichiarazione integrativa, nella quale chiarisce, senza limiti di tempo, di non essere mai stato vittima dei reati indicati dalla predetta norma. Tuttavia, il Comune di Siracusa non si è pronunciato in ordine all'ammissibilità di detta integrazione documentale.

Successivamente, essendo stata riammessa in gara a seguito di reclamo una partecipante precedentemente esclusa (l'impresa \*\*\*\*\*), sono state rinnovate le operazioni di sorteggio, senza determinare però alcuna variazione nei risultati, che vedono ancora il controinteressato ed il ricorrente collocati al primo e secondo posto.

Conseguentemente, pur ritenendo che le nuove operazioni abbiano avuto solo l'effetto giuridico di "confermare" la precedente aggiudicazione dell'appalto, senza rinnovarne l'esito, il ricorrente ha tuzioristicorrente dueente impugnato con motivi aggiunti anche le nuove determinazioni.

Le parti hanno successivamente depositato memorie difensive, ed alla pubblica udienza del 16 dicembre 2010 la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

Le questioni di diritto sollevate col ricorso ed i motivi aggiunti in epigrafe sono sostanzialmente due,

atteso che il primo ed il secondo motivo di ricorso attengono ai medesimi vizi, e riguardano le asserite identiche irregolarità commesse da diversi soggetti (legale rappresentante, direttori tecnici, vice presidente, procuratore speciale) nella presentazione della domanda di partecipazione alla gara in questione per il Consorzio controinteressato.

Più in particolare, il ricorrente denuncia che la documentazione allegata alla domanda di partecipazione del Consorzio "\*\*\*\*\*" non sia conforme a quanto stabilito a pena di esclusione dal bando di gara, ed al modello legale disegnato nell'art. 38 del D. Lgs. 163/2006, laddove stabilisce che "Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: (...omissis...)

m-ter) di cui alla precedente lettera b) che, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste, pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'Autorità di cui all'articolo 6, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio".

In altri termini, la lettera m-ter dell'articolo in esame - inserita nell'ordinamento degli appalti pubblici con la L. 94/2009 - ha introdotto un requisito soggettivo indefettibile ai fini della partecipazione alle procedure di gara, prevedendo l'esclusione dei soggetti che non abbiano denunciato all'A.G. il fatto di aver subito estorsioni o concussioni aggravate dalla circostanza di cui all'art. 7 del D.L. 152/1991 (concernente i reati cd. "di mafia").

In esecuzione della predetta norma, il bando che regola la procedura oggi in esame prescriveva ai concorrenti di dichiarare, a pena di esclusione, di non trovarsi nelle condizioni indicate nel predetto articolo.

Di fatto, è accaduto che il consorzio aggiudicatario avesse dichiarato l'inesistenza delle condizioni ostantive indicate nell'art. 38, lett. m-ter, ma avesse al contempo limitato tale dichiarazione solo con riguardo ai "tre anni antecedenti la pubblicazione del bando".

Ne consegue, secondo quanto denunciato in ricorso, l'incompletezza della dichiarazione, la violazione della norma di legge e della clausola di bando, ed il conseguenziale obbligo di escludere dalla procedura l'impresa in questione.

Il controinteressato si difende sul punto asserendo che la stazione appaltante avrebbe potuto verificare agevolmente tramite l'Osservatorio dei contratti pubblici la sussistenza completa del requisito, affermato nella dichiarazione della parte solo per un periodo di tempo limitato; per altro verso, postula l'attivazione del rimedio previsto dall'art. 46 del D. Lgs. 163/2006, convenzionalmente denominato "soccorso istruttorio", che consente alle stazioni appaltanti, se necessario, di invitare "i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati".

Il Collegio - andando di contrario avviso rispetto alla valutazione espressa in sede cautelare, che comunque risulta sempre ancorata ad un esame sommario degli atti e dei fatti - ritiene infondata la censura in esame per le considerazioni che seguono.

In primo luogo, deve essere rilevato che - sul piano meramente lessicale - la lettera m-ter dell'articolo in esame contiene comunque un riferimento ad un termine triennale, nella parte in cui afferma che "La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando".

Orbene, se è certamente vero che tale limitazione temporale attiene alla fase della prova della omessa denuncia, che va appunto valutata avendo riguardo alla richiesta di rinvio a giudizio formulata nei tre anni antecedenti la pubblicazione del bando, è anche vero che la disposizione non appare particolarmente chiara e che il particolare “tecnicismo” che la connota potrebbe indurre in errore l'imprenditore che presenta domanda di partecipazione alla gara, non avendo egli (di norma) specifiche competenze in tema di valutazione degli istituti giuridici. La conclusione appena raggiunta, peraltro, si rafforza ove si consideri che la disposizione in questione era entrata in vigore pochi mesi prima della pubblicazione del bando; sicchè è facile ritenere che il suo contenuto precettivo non fosse stato ancora ben “metabolizzato” dalla platea dei potenziali concorrenti.

In secondo luogo, ed a conferma di quanto appena detto, si osserva che l'impresa aggiudicataria - dopo che la questione è stata sollevata con il ricorso - ha presentato una dichiarazione integrativa (ancora non valutata dalla stazione appaltante) nella quale afferma a chiare lettere e senza limitazioni di tempo di non essere mai stata vittima di alcuno dei reati indicati dalla norma in esame. Circostanza, questa, che consente di affermare: a) che il requisito necessario per la partecipazione era sussistente in capo all'impresa, anche se non esaustivamente dichiarato; b) che la dichiarazione parziale allegata alla domanda non è frutto di una “maliziosa” redazione della documentazione, ma è ascrivibile probabilmente ad una frettolosa e/o inesatta lettura del testo di legge.

In considerazione del descritto evolversi dei fatti, allora, si può sostenere che la stazione appaltante non avrebbe potuto disporre - come ipotizzato dal ricorrente - l'immediata ed automatica esclusione della concorrente che aveva presentato una dichiarazione (conforme al bando, seppur) incompleta, ma al contrario avrebbe dovuto avviare quell'attività istruttoria supplementare prevista nel citato art. 46, allo scopo di chiarire l'effettiva sussistenza o insussistenza del requisito, consentendo alla parte di regolarizzare (rectius, integrare) la dichiarazione presentata.

In proposito, il Collegio è consapevole della cautela e dell'atteggiamento restrittivo a volte manifestati dalla giurisprudenza in ordine alla possibilità di integrare la documentazione nel corso dello svolgimento della procedura di gara. Tuttavia, va precisato che le remore manifestate sul punto dai giudici di merito, da un lato, riguardano solo la possibilità di integrare (cioè di produrre ex novo) un documento di gara del

tutto mancante, e non si applicano quindi alle ipotesi (come quella in esame) in cui si postula solo il chiarimento sul piano contenutistico di una dichiarazione già comunque prodotta entro i termini (ex multis, Tar Lazio Roma, 32141/2010; Tar Sardegna, 21627/2010; C. di S., V, 5084/2010; Tar Torino, 2722/2010; Tar Napoli, 9649/2010; Tar Catania, 1513/2010); d'altra parte, e conseguentemente, il potere/dovere di disporre l'integrazione documentale (finalizzato a far prevalere, entro certi limiti, la sostanza sul formalismo) diviene modus operandi ordinario e trova un suo limite ontologico solo nel rispetto del principio di par condicio fra i concorrenti. Ed a tal proposito, è facile sostenere che si ha lesione della regola della par condicio quando si adotta un comportamento "speciale" o "particolare" in favore di un concorrente, consentendogli - ad esempio - di produrre fuori termine un documento o dichiarazione non prodotti, perché in tal caso le regole (ed i termini) della gara non verrebbero applicate in modo uguale a tutti i partecipanti. Diversamente, non si arreca alcun vulnus al principio di parità di trattamento allorché si consente al concorrente di integrare il contenuto di un documento o dichiarazione comunque già prodotti entro i termini.

Se si ragionasse diversamente, si finirebbe con lo stravolgere la stessa funzione della procedura selettiva, che da mezzo per la scelta del "miglior contraente" per la PA verrebbe trasformato in strumento di individuazione della domanda formalmente "più corretta"; con effetti nefasti per il principio di buon andamento della PA, dato che non è sempre vero che la documentazione formalmente ineccepibile provenga dal miglior contraente.

In altre parole, si correrebbe il rischio di trasformare la procedura di gara in un terreno di "caccia" all'errore formale; rischio che oggi si accresce sempre di più, man mano che la legislazione introduce per i partecipanti dei requisiti (ed i conseguenti oneri di documentazione) sempre più articolati e complessi.

In conclusione, per quanto ampiamente esposto, i primi due motivi di ricorso (aventi identico contenuto) non risultano fondati.

Col terzo motivo, parte ricorrente deduce che l'aggiudicatario Consorzio "\*\*\*\*\*" concorre per la propria associata Alfa Costruzioni s.c. a r.l., designata quale esecutrice dei lavori in caso di

aggiudicazione, ma quest'ultima sarebbe priva della certificazione di qualità aziendale.

In altri termini, si assume che il predetto requisito dovrebbe essere posseduto sia dal Consorzio (come di fatto avviene), sia dalla impresa consorziata; e difettando in capo a quest'ultima, non poteva farsi luogo legittimamente all'aggiudicazione.

La questione sollevata è già stata esaminata recentemente da questa Sezione proprio con espresso riferimento al Consorzio controinteressato: con la recente sentenza in forma semplificata n. 55/2010 (emessa sul ricorso n. 1797/10) - dalla quale il Collegio ritiene di non doversi discostare - è stato respinto il ricorso incidentale proposto avverso il Consorzio "\*\*\*\*\*" (che, in quel contenzioso, rivestiva il ruolo di ricorrente in via principale) con il quale si denunciava, appunto, la mancanza della certificazione di qualità in capo alla cooperativa associata, incaricata di eseguire i lavori. Ebbene, in quella occasione, la fondatezza della censura è stata esclusa con ampio richiamo alla giurisprudenza del giudice di secondo grado (Cons. Stato, VI, 29 aprile 2003, n. 2183), che anche in questa sede viene condivisa.

In conclusione, sulla base di quanto esposto, le censure sollevate non risultano fondate ed il ricorso va quindi respinto. Analoga sorte spetta ai motivi aggiunti, con i quali vengono dedotti gli stessi vizi del ricorso introduttivo.

Le peculiarità fattuali della vicenda inducono, tuttavia, a compensare le spese processuali fra tutte le parti costituite in giudizio.

P.Q.M.



definitivamente pronunciando sul ricorso ed i motivi aggiunti in epigrafe li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2011, giusta riserva del 16 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Presidente FF

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Consigliere

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/01/2011

IL SEGRETARIO

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

N. 00186/2011 REG.PROV.COLL.

N. 01586/2010 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 1586 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:\*\*

contro\*\*

nei confronti di\*\*

per l'annullamento

Ricorso introduttivo

- Dei verbali di gara dei giorni 3, 5, 8, 10, 12, 17, 19, 25, 29 marzo 2010 relativi all'appalto di lavori di restauro del Teatro Comunale di Siracusa;

- della nota dell'\*\*\*\*\* n. 946 del 29.03.2010 con la quale è stato inviato il verbale contenente la proposta di aggiudicazione;

- dell'aggiudicazione provvisoria della gara formatasi per decorso del termine;

- della nota n. 2679 del 27.05.2010 con la quale il Comune di Siracusa ha respinto i rilievi e le contestazioni rivolte all'aggiudicazione provvisoria, con conseguente conferma della proposta avanzata dall'\*\*\*\*\*;

- dell'aggiudicazione definitiva della gara in favore del Consorzio Ciro Controinteressato, comunque ed in qualsiasi forma intervenuta;

- di ogni altro atto presupposto connesso e/o consequenziale;

Motivi aggiunti

- Del provvedimento col quale il RUP ha accolto il reclamo dell'impresa \*\*\*\*\* demandando all'U.R.E.G.A. la riapertura della gara;

- della nota prot. 1276 del 18.06.2010 con la quale è stata fissata la data di riapertura della gara;

- del verbale dell'\*\*\*\*\* del 25 giugno 2010 e della nota di trasmissione del verbale stesso;

- dell'eventuale provvedimento espresso o tacito con il quale il Comune di Siracusa ha approvato il verbale dell'\*\*\*\*\* e confermata l'aggiudicazione nei confronti del Consorzio;

- dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto, comunque formatasi;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale;

per l'accoglimento

- della domanda di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del contratto;
- della domanda di declaratoria di inefficacia del contratto stesso, se già stipulato;
- della domanda di subentro nel contratto, ove stipulato;
- della domanda di applicazione delle sanzioni alternative ex art. 245-quater del D. Lgs. 163/2006;

in subordine, della domanda di risarcimento danni per equivalente monetario;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Siracusa e di Assessorato Regionale Lavori Pubblici e di U.R.E.G.A. - Sezione Provinciale di Siracusa e di Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "\*\*\*\*\*" Scpa e di Alfa Costruzioni Societa' Cooperativa a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 dicembre 2010 il dott. \*\*\*\*\* e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Nell'ambito della gara d'appalto indetta dal Comune di Siracusa per l'affidamento dei lavori di restauro del teatro comunale è stato dichiarato aggiudicatario il Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "\*\*\*\*\*" S.c.p.a.; mentre il consorzio Ricorrente Consorzio Stabile Società Consortile S.r.l. è risultato secondo graduato nel sorteggio.

Avverso gli atti di aggiudicazione dell'appalto al Consorzio "\*\*\*\*\*" il Consorzio Ricorrente e la consorziata RICORRENTE DUE srl hanno proposto il ricorso in epigrafe, deducendo l'illegittimità delle operazioni di gara nella parte in cui non hanno determinato l'esclusione del consorzio aggiudicatario, e sollevando specificamente le seguenti censure:

1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, co. 1, lett. m-ter del D. Lgs. 163/2006 e s.m.i. - violazione e falsa applicazione del punto 4, lett. A), del disciplinare di gara nonché delle avvertenze espulsive del disciplinare di gara in ordine al contenuto della busta "A" - eccesso di potere - carenza di istruttoria - travisamento dei fatti - illogicità e contraddittorietà manifeste - difetto di motivazione - violazione della par condicio tra i concorrenti - violazione dei canoni di buon andamento ed imparzialità della PA;

2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, co. 1, lett. m-ter del D. Lgs. 163/2006 e s.m.i. - violazione e falsa applicazione del punto 4, lett. A), del disciplinare di gara nonché delle avvertenze espulsive del disciplinare di gara in ordine al contenuto della busta "A" - eccesso di potere - carenza di istruttoria - travisamento dei fatti - illogicità e contraddittorietà manifeste - difetto di motivazione - violazione della par condicio tra i concorrenti - violazione dei canoni di buon andamento ed imparzialità della PA;

3. Violazione e falsa applicazione del punto 12 del bando di gara - violazione e falsa applicazione delle norme dei principi in materia di ammissione alle gare di appalto - eccesso di potere - carenza di istruttoria - travisamento dei fatti - errore materiale - illogicità e contraddittorietà manifeste - violazione della par condicio tra i concorrenti - violazione dei canoni di buon andamento ed imparzialità della PA.

Si sono costituiti in giudizio per resistere il Consorzio "\*\*\*\*\*", la Alfa Costruzioni s.c.a r.l. in qualità di cooperativa designata per l'esecuzione dei lavori, il Comune di Siracusa e l'Assessorato regionale LL.PP.- UREGA di Siracusa.

Con ordinanza n. 899/2010, in risposta alla domanda cautelare avanzata dal ricorrente, è stata fissata la trattazione del merito ai sensi dell'art. 23 bis, co. 3, della l. 1034/1971, in ragione dell'apparente fondatezza del vizio di violazione dell'art. 38, lett. m-ter, del Codice dei contratti pubblici.

Al fine di completare la dichiarazione di cui all'art. 38, lett. m-ter - di cui in ricorso è stata denunciata l'irregolarità - il controinteressato aggiudicatario ha presentato alla stazione appaltante una dichiarazione integrativa, nella quale chiarisce, senza limiti di tempo, di non essere mai stato vittima dei reati indicati dalla predetta norma. Tuttavia, il Comune di Siracusa non si è pronunciato in ordine all'ammissibilità di detta integrazione documentale.

Successivamente, essendo stata riammessa in gara a seguito di reclamo una partecipante precedentemente esclusa (l'impresa \*\*\*\*\*), sono state rinnovate le operazioni di sorteggio, senza determinare però alcuna variazione nei risultati, che vedono ancora il controinteressato ed il ricorrente collocati al primo e secondo posto.

Conseguentemente, pur ritenendo che le nuove operazioni abbiano avuto solo l'effetto giuridico di "confermare" la precedente aggiudicazione dell'appalto, senza rinnovarne l'esito, il ricorrente ha tuzioristicorrente dueente impugnato con motivi aggiunti anche le nuove determinazioni.

Le parti hanno successivamente depositato memorie difensive, ed alla pubblica udienza del 16 dicembre 2010 la causa è stata introitata per la decisione.

## DIRITTO

Le questioni di diritto sollevate col ricorso ed i motivi aggiunti in epigrafe sono sostanzialmente due, atteso che il primo ed il secondo motivo di ricorso attengono ai medesimi vizi, e riguardano le asserite identiche irregolarità commesse da diversi soggetti (legale rappresentante, direttori tecnici, vice presidente, procuratore speciale) nella presentazione della domanda di partecipazione alla gara in questione per il Consorzio controinteressato.

Più in particolare, il ricorrente denuncia che la documentazione allegata alla domanda di partecipazione del Consorzio "\*\*\*\*\*" non sia conforme a quanto stabilito a pena di esclusione dal bando di gara, ed al modello legale disegnato nell'art. 38 del D. Lgs. 163/2006, laddove stabilisce che "Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: (...omissis...)

m-ter) di cui alla precedente lettera b) che, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste, pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità



del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'Autorità di cui all'articolo 6, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio".

In altri termini, la lettera m-ter dell'articolo in esame - inserita nell'ordinamento degli appalti pubblici con la L. 94/2009 - ha introdotto un requisito soggettivo indefettibile ai fini della partecipazione alle procedure di gara, prevedendo l'esclusione dei soggetti che non abbiano denunciato all'A.G. il fatto di aver subito estorsioni o concussioni aggravate dalla circostanza di cui all'art. 7 del D.L. 152/1991 (concernente i reati cd. "di mafia").

In esecuzione della predetta norma, il bando che regola la procedura oggi in esame prescriveva ai concorrenti di dichiarare, a pena di esclusione, di non trovarsi nelle condizioni indicate nel predetto articolo.

Di fatto, è accaduto che il consorzio aggiudicatario avesse dichiarato l'inesistenza delle condizioni ostantive indicate nell'art. 38, lett. m-ter, ma avesse al contempo limitato tale dichiarazione solo con riguardo ai "tre anni antecedenti la pubblicazione del bando".

Ne consegue, secondo quanto denunciato in ricorso, l'incompletezza della dichiarazione, la violazione della norma di legge e della clausola di bando, ed il consequenziale obbligo di escludere dalla procedura l'impresa in questione.

Il controinteressato si difende sul punto asserendo che la stazione appaltante avrebbe potuto verificare agevolmente tramite l'Osservatorio dei contratti pubblici la sussistenza completa del requisito, affermato nella dichiarazione della parte solo per un periodo di tempo limitato; per altro verso, postula l'attivazione del rimedio previsto dall'art. 46 del D. Lgs. 163/2006, convenzionalmente denominato "soccorso istruttorio", che consente alle stazioni appaltanti, se necessario, di invitare "i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati".

Il Collegio - andando di contrario avviso rispetto alla valutazione espressa in sede cautelare, che comunque risulta sempre ancorata ad un esame sommario degli atti e dei fatti - ritiene infondata la censura in esame per le considerazioni che seguono.

In primo luogo, deve essere rilevato che - sul piano meramente lessicale - la lettera m-ter dell'articolo in esame contiene comunque un riferimento ad un termine triennale, nella parte in cui afferma che "La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando".

Orbene, se è certamente vero che tale limitazione temporale attiene alla fase della prova della omessa denuncia, che va appunto valutata avendo riguardo alla richiesta di rinvio a giudizio formulata nei tre anni antecedenti la pubblicazione del bando, è anche vero che la disposizione non appare particolarmente chiara e che il particolare "tecnicismo" che la connota potrebbe indurre in errore l'imprenditore che presenta domanda di partecipazione alla gara, non avendo egli (di norma) specifiche competenze in tema di valutazione degli istituti giuridici. La conclusione appena raggiunta, peraltro, si rafforza ove si consideri che la disposizione in questione era entrata in vigore pochi mesi prima della pubblicazione del bando; sicchè è facile ritenere che il suo contenuto precettivo non fosse stato ancora ben "metabolizzato" dalla platea dei potenziali concorrenti.

In secondo luogo, ed a conferma di quanto appena detto, si osserva che l'impresa aggiudicataria - dopo che la questione è stata sollevata con il ricorso - ha presentato una dichiarazione integrativa (ancora non valutata dalla stazione appaltante) nella quale afferma a chiare lettere e senza limitazioni di tempo di non essere mai stata vittima di alcuno dei reati indicati dalla norma in esame. Circostanza, questa, che consente di affermare: a) che il requisito necessario per la partecipazione era sussistente in capo all'impresa, anche se non esaustivamente dichiarato; b) che la dichiarazione parziale allegata alla domanda non è frutto di una "maliziosa" redazione della documentazione, ma è ascrivibile probabilmente ad una frettolosa e/o inesatta lettura del testo di legge.

In considerazione del descritto evolversi dei fatti, allora, si può sostenere che la stazione appaltante non

avrebbe potuto disporre – come ipotizzato dal ricorrente – l'immediata ed automatica esclusione della concorrente che aveva presentato una dichiarazione (conforme al bando, seppur) incompleta, ma al contrario avrebbe dovuto avviare quell'attività istruttoria supplementare prevista nel citato art. 46, allo scopo di chiarire l'effettiva sussistenza o insussistenza del requisito, consentendo alla parte di regolarizzare (rectius, integrare) la dichiarazione presentata.

In proposito, il Collegio è consapevole della cautela e dell'atteggiamento restrittivo a volte manifestati dalla giurisprudenza in ordine alla possibilità di integrare la documentazione nel corso dello svolgimento della procedura di gara. Tuttavia, va precisato che le remore manifestate sul punto dai giudici di merito, da un lato, riguardano solo la possibilità di integrare (cioè di produrre ex novo) un documento di gara del tutto mancante, e non si applicano quindi alle ipotesi (come quella in esame) in cui si postula solo il chiarimento sul piano contenutistico di una dichiarazione già comunque prodotta entro i termini (ex multis, Tar Lazio Roma, 32141/2010; Tar Sardegna, 216272010; C. di S., V, 5084/2010; Tar Torino, 2722/2010; Tar Napoli, 9649/2010; Tar Catania, 1513/2010); d'altra parte, e conseguentemente, il potere/dovere di disporre l'integrazione documentale (finalizzato a far prevalere, entro certi limiti, la sostanza sul formalismo) diviene modus operandi ordinario e trova un suo limite ontologico solo nel rispetto del principio di par condicio fra i concorrenti. Ed a tal proposito, è facile sostenere che si ha lesione della regola della par condicio quando si adotta un comportamento "speciale" o "particolare" in favore di un concorrente, consentendogli – ad esempio – di produrre fuori termine un documento o dichiarazione non prodotti, perché in tal caso le regole (ed i termini) della gara non verrebbero applicate in modo uguale a tutti i partecipanti. Diversamente, non si arreca alcun vulnus al principio di parità di trattamento allorquando si consente al concorrente di integrare il contenuto di un documento o dichiarazione comunque già prodotti entro i termini.

Se si ragionasse diversamente, si finirebbe con lo stravolgere la stessa funzione della procedura selettiva, che da mezzo per la scelta del "miglior contraente" per la PA verrebbe trasformato in strumento di individuazione della domanda formalmente "più corretta"; con effetti nefasti per il principio di buon andamento della PA, dato che non è sempre vero che la documentazione formalmente ineccepibile provenga dal miglior contraente.

In altre parole, si correrebbe il rischio di trasformare la procedura di gara in un terreno di “caccia” all’errore formale; rischio che oggi si accresce sempre di più, man mano che la legislazione introduce per i partecipanti dei requisiti (ed i conseguenti oneri di documentazione) sempre più articolati e complessi.

In conclusione, per quanto ampiamente esposto, i primi due motivi di ricorso (aventi identico contenuto) non risultano fondati.

Col terzo motivo, parte ricorrente deduce che l’aggiudicatario Consorzio “\*\*\*\*\*” concorre per la propria associata Alfa Costruzioni s.c. a r.l., designata quale esecutrice dei lavori in caso di aggiudicazione, ma quest’ultima sarebbe priva della certificazione di qualità aziendale.

In altri termini, si assume che il predetto requisito dovrebbe essere posseduto sia dal Consorzio (come di fatto avviene), sia dalla impresa consorziata; e difettando in capo a quest’ultima, non poteva farsi luogo legittimamente all’aggiudicazione.

La questione sollevata è già stata esaminata recentemente da questa Sezione proprio con espresso riferimento al Consorzio controinteressato: con la recente sentenza in forma semplificata n. 55/2010 (emessa sul ricorso n. 1797/10) - dalla quale il Collegio ritiene di non doversi discostare - è stato respinto il ricorso incidentale proposto avverso il Consorzio “\*\*\*\*\*” (che, in quel contenzioso, rivestiva il ruolo di ricorrente in via principale) con il quale si denunciava, appunto, la mancanza della certificazione di qualità in capo alla cooperativa associata, incaricata di eseguire i lavori. Ebbene, in quella occasione, la fondatezza della censura è stata esclusa con ampio richiamo alla giurisprudenza del giudice di secondo grado (Cons. Stato, VI, 29 aprile 2003, n. 2183), che anche in questa sede viene condivisa.

In conclusione, sulla base di quanto esposto, le censure sollevate non risultano fondate ed il ricorso va quindi respinto. Analoga sorte spetta ai motivi aggiunti, con i quali vengono dedotti gli stessi vizi del

ricorso introduttivo.

Le peculiarità fattuali della vicenda inducono, tuttavia, a compensare le spese processuali fra tutte le parti costituite in giudizio.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso ed i motivi aggiunti in epigrafe li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2011, giusta riserva del 16 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

\*\*\*\*\* , Presidente FF

\*\*\*\*\* , Consigliere

\*\*\*\*\* , Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/01/2011

IL SEGRETARIO

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

<https://www.diritto.it/la-procedura-di-gara-non-si-deve-trasformare-in-un-terreno-di-caccia-all-errore-formale/>