

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 25/03/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29160-le-dichiarazioni-avrebbero-dovuto-essere-rese-sia-dal-consorzio-partecipante-sia-da-parte-della-consorziata-per-la-quale-il-consorzio-ha-espressamente-dichiarato-di-partecipare>

Autore: Lazzini Sonia

Le dichiarazioni avrebbero dovuto essere rese sia dal consorzio partecipante , sia da parte della consorziata per la quale il Consorzio ha espressamente dichiarato di partecipare

Tar Sardegna, Cagliari, 17.02.2010 n. 186

Le dichiarazioni avrebbero dovuto essere rese sia dal consorzio partecipante , sia da parte della consorziata per la quale il Consorzio ha espressamente dichiarato di partecipare.

Il sistema normativo (esistente a monte) vuole, infatti, che, in caso di partecipazione di consorzi (che possono partecipare in proprio o solo per una o alcune delle consorziate), i “requisiti generali” debbano essere verificati dall'Amministrazione sia nei confronti del consorzio, sia nei confronti delle consorziate.

E' necessario cioè (come peraltro anche il disciplinare ha richiesto) che “ciascun concorrente che costituisce o che costituirà l'associazione o il consorzio” debba produrre (con la domanda e quindi entro il termine di scadenza) le dichiarazioni sui requisiti generali.

In ogni caso, in una gara d'appalto pubblico, la facoltà della p.a. appaltante d'invitare le imprese partecipanti a regolarizzare o a chiarire documentazione incompleta o irregolare costituisce, sì, un principio generale che non viola la par condicio delle imprese stesse - ed è applicabile anche se il bando di gara espressamente non lo prevede -; ma, all'evidente scopo d'individuare un ragionevole punto d'equilibrio tra l'esigenza di garantire la massima partecipazione alla gara e la protezione delle imprese concorrenti che hanno puntualmente rispettato le prescrizioni del bando, assumendosene tutti gli oneri, è applicabile solo sulla scorta di rigorose considerazioni oggettive e non per supplire a carenze documentali esclusivamente addebitabili a fatti o a comportamenti non diligenti dell'impresa partecipante (Consiglio Stato , sez. V, 02 luglio 2001 , n. 3595).

Dopo l'aggiudicazione provvisoria, in fase successiva di controllo -ai fini dell'emanazione del provvedimento definitivo di aggiudicazione- emergeva che il CONTROINTERESSATA non aveva presentato in fase di gara le certificazioni attestanti il possesso dei requisiti di ordine generale della cooperativa CONTROINTERESSATA DUE di Iglesias (indicata dal CONTROINTERESSATA come propria associata e soggetto per conto della quale agiva il consorzio); il responsabile del servizio decideva dunque di applicare l'articolo 6 della legge 241 / 1990, giudicando solo "incompleta" la documentazione/dichiarazione presentata dal consorzio. Ritenendo quindi che la fattispecie potesse essere oggetto di "regolarizzazione ", invitava al completamento della dichiarazione in applicazione dell'articolo 71, comma 3, del d.p.r. 445/2000 (strumento utilizzabile per irregolarità o omissioni, non costituenti falsità, per le dichiarazioni contemplate le articoli 46 e 47 del d.p.r. 445 /2000). Sul punto si dà atto di aver "acquisito in merito, data la particolare complessità normativa e l'accertata incertezza giurisprudenziale, approfondito parere legale".

Sono state quindi acquisite, previa richiesta di regolarizzazione, le certificazioni attestanti requisiti di ordine generale dei rappresentanti legali della cooperativa CONTROINTERESSATA DUE di Iglesias, al fine di confermare il procedimento espletato e per salvaguardare il pubblico interesse alla più ampia partecipazione alla gara (documentazione presentata dal CONTROINTERESSATA con nota del 5/6/2002 pervenuta il 12/ 6, rispondente a quanto richiesto nel bando e nel disciplinare di gara).

Con la determinazione dirigenziale del 13/6/2002 n. 455 venivano approvati gli atti della commissione di gara e l'appalto veniva aggiudicato al CONTROINTERESSATA per importo di euro 952.186, al netto del ribasso dell'11,27%.

Con ricorso notificato il 10 luglio 2002 e depositato il successivo 15/7 la seconda classificata RICORRENTE di Forlì (con ribasso offerto del 10,25%) ha impugnato l'esito della gara formulando le seguenti censure:

1) violazione del bando con conseguente eccesso di potere per contraddittorietà e per inosservanza dell'autodisciplina - violazione dei vincolanti principi di gara ed in particolare nelle disposizioni tassative di esclusione contenute nel bando omessa tempestiva presentazione delle dichiarazioni generali obbligatorie da parte dell'associata cooperativa CONTROINTERESSATA DUE di Iglesias - illegittima considerazione delle dichiarazioni tardivamente presentate, solo dopo la scadenza prevista per la presentazione delle offerte e addirittura dopo l'aggiudicazione provvisoria;

2) in via subordinata eccesso di potere per illogicità, incoerenza, arbitrio nell'introduzione di elementi non appartenenti alla disciplina del rapporto o nell'esclusione di elementi voluti da quella disciplina; eccesso di potere per sviamento; nuove violazioni del bando con infrazione delle regole, principi e norme - eccesso di potere per contraddittorietà; violazione del principio della par condicio come principio regola generale nelle gare di questo tipo; violazione della legge 109/94 e del d.p.r. 554/99; eccesso di potere per travisamento della situazione e sviamento;

3) incompetenza in quanto l'integrazione è stata richiesta dal responsabile del servizio e non dalla commissione di gara, alla quale è riservata tale prerogativa; eccesso di potere per contraddittorietà; violazione della legge 241/1990 (articolo 6) nonché dell'articolo 71 del d.p.r. 445/2000 in relazione agli articoli 46 e 47 dello stesso decreto.

Con il ricorso è stata formulata, oltre alla domanda cautelare anche la domanda risarcitoria, precisando che il danno da liquidare, nella delegata ipotesi di mancata possibilità dell'esecuzione in forma specifica, andrà quantificato quanto meno nel 10% sull'importo a base di gara al titolo di mancato utile.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Il comune sostiene, in sintesi, che l'obbligo di fornire le dichiarazioni inerenti i requisiti generali (ex articolo 75 dell' allora vigente d.p.r. 554/99) "propri" della consorziata non costituiva prescrizione espressamente sancita né specificamente comminata a pena di esclusione; come tale la situazione era suscettibile di "regolarizzazione" perché l'omissione era stata determinata da errore scusabile (in quanto le dichiarazioni generali erano state fornite dal solo consorzio).

Il Collegio ritiene, invece, che il disciplinare aveva contemplato, a pagina 10, espressamente tale obbligo:

"la dichiarazione in questione (indicata al n. 3) nel caso di concorrenti costituiti da imprese associate o da associarsi la medesima dichiarazione deve essere prodotta o sottoscritta <da ciascun concorrente che costituisce o che costituirà l'associazione o il consorzio o il GEIE>".

Posto che non sussisteva clausola/disposizione incerta, né a livello normativo né a livello di regole di gara, e tenuto conto che la prescrizione è espressamente sanzionata "a pena di esclusione" (cfr. sia a pag. 7 che a pag. 11 del disciplinare), mancavano i presupposti per consentire il procedimento (dopo l'aggiudicazione) di regolarizzazione delle dichiarazioni (del tutto "mancanti" e non solamente "incomplete" per quanto concerne la consorziata Controinteressata due, unico soggetto che avrebbe eseguito i lavori).

La giurisprudenza è chiara nell'affermare, in caso di partecipazione di Consorzi, il principio che "il possesso dei requisiti generali in ordine alla regolarità della gestione delle singole imprese sotto il profilo dell'ordine pubblico e di idoneità morale vanno verificati non solo in capo al consorzio ma anche in capo alle consorziate designate esecutrici del servizio, dovendosi - invece - ritenere cumulabili in capo al consorzio i soli requisiti di idoneità tecnica e finanziaria" (cfr. Consiglio Stato, sez. IV, 27 giugno 2007 , n. 3765; Consiglio Stato , sez. V, 05 settembre 2005 , n. 4477; T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 9 gennaio 2009 , n. 39; T.A.R. Basilicata Potenza, sez. I, 23 giugno 2008 , n. 301; T.A.R. Toscana Firenze, sez. II, 18 giugno 2008 , n. 1637; T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 21 novembre 2005 , n. 2076).

Addirittura la giurisprudenza ha ritenuto, in un suo filone, che "nel caso in cui un consorzio stabile partecipi <in proprio> ad una gara, i requisiti generali devono essere posseduti e verificati in capo a tutte le ditte consorziate; conclusione che ha peraltro un robusto aggancio normativo nell'ultimo inciso del comma 4° dell'art. 97 del D.P.R. n. 554/1999, dove si equiparano le imprese consorziate alle mandanti di un'A.T.I." (cfr. T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 14 aprile 2008 , n. 483; la pronunzia, in particolare, confermava la legittimità della decisione dell'Amministrazione di escludere la ricorrente dalla gara per mancanza di documentazione, inerente al possesso dei requisiti generali in capo a tutti i soggetti consorziati, sebbene, in quel caso, la partecipazione fosse <in proprio del solo Consorzio>)

Il CONTROINTERESSATA avrebbe dovuto quindi essere escluso per mancanza della dichiarazione essenziale (non regolarizzabile)..

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 186 del 17 febbraio 2010, emessa dal Tar Sardegna, Cagliari

N. 00186/2010 REG.SEN.
N. 00917/2002 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 917 del 2002, proposto da:
RICORRENTE –a r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Renato Docimo e Ovidio Marras, con domicilio eletto presso avv. Ovidio Marras in Cagliari, via Sonnino N.37;

contro

COMUNE DI NARCAO, rappresentato e difeso dagli avv. Cesare Loria e Matteo Mazzone, con domicilio eletto presso avv. Alessandra Coinu in Cagliari, via Pergolesi N.14;

nei confronti di

CONTROINTERESSATA. fra le cooperative di produzione e lavoro (Bologna),
in persona del legale rappresentante, non costituitosi in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

-della determinazione del responsabile del servizio tecnico del comune n. 175 del 13/6/2002, con la quale è stata aggiudicata definitivamente al (CONTROINTERESSATA) l'asta pubblica per l'affidamento in appalto dei “lavori di valorizzazione ai fini turistico culturali della miniera di ROSAS – 3° intervento”;

-del verbale della commissione contratti n. 11 del 17/5/2002 con il quale è stato ammesso alla gara il CONTROINTERESSATA sull'asserito presupposto della regolarità della documentazione;

-della determinazione non nota nei contenuti con la quale è stato consentito al CONTROINTERESSATA di presentare le certificazioni relative alla cooperativa CONTROINTERESSATA DUE di Iglesias (propria consorziata) indicata quale esecutrice materiale dei lavori, non presentate in sede di gara ;

-per quanto possa occorrere del bando di gara;

di ogni altro atto antecedente, concomitante e/o successivo ed a quelli precedentemente elencati comunque collegato e/o connesso.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Narcao;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20/01/2010 il consigliere dott. Grazia Flaim e udito per la parte ricorrente il difensore avv. Docimo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con bando del 17 aprile 2002 il Comune di Narcao ha indetto un pubblico incanto (importo complessivo € 1.101.832) ai sensi della legge 109/94 e successive

modificazioni per l'appalto dei "lavori di valorizzazione, ai fini turistico culturali, della miniera di Rosas – 3° intervento".

In sede di offerta dovevano essere compiute le obbligatorie dichiarazioni (requisiti generali ex articolo 75 d.p.r. 554/99) in ordine all'inesistenza delle condizioni in capo ai partecipanti/concorrenti; in particolare nel disciplinare di gara (punto 3 lett. a) si precisava che nella busta A avrebbero dovuto essere inserite, a pena di esclusione, le dichiarazioni di non trovarsi nelle condizioni previste dall'articolo 75, comma 1 lettere a) b) c) d) f) g) h) del d.p.r. 554/99 e s.m. (cfr. pag. 8 punto 3a).

Il disciplinare precisava inoltre (a pag. 10) che "la dichiarazione di cui al punto 3 deve essere sottoscritta dal legale rappresentante in caso di concorrente singolo. Nel caso di concorrenti costituiti da imprese associate o da associarsi la medesima dichiarazione deve essere prodotta o sottoscritta da ciascun concorrente che costituisce o che costituirà l'associazione o il consorzio o il GEIE. Le dichiarazioni possono essere sottoscritte anche da procuratori dei legali rappresentanti ed in tal caso va trasmessa la relativa procura. Le dichiarazioni di cui del punto 3 lettera a (limitatamente alle lettere b) e c) dell'articolo 75 comma 1 del d.p.r. 554/1999 e successive modificazioni) e lettere b) e c) devono essere rese anche dai soggetti previsti dall'articolo 75, comma 1, lettere b) e c) dell'articolo 75 comma 1 del d.p.r. 554/1999..... La domanda, le dichiarazioni e la documentazione di cui ai punti.....3....., a pena di esclusione, devono contenere quanto previsto nei predetti punti" (cfr. pagg. 10-11 del disciplinare).

Alla gara hanno partecipato 6 concorrenti ed è risultato vincitore il di Bologna (massimo ribasso percentuale sull'elenco prezzi posto a base di gara -11,27 % - aggiudicazione provvisoria di cui al verbale del 17/5/2002 della commissione), che aveva partecipato alla gara dichiarando, in sede di offerta, espressamente "di concorrere alla presente gara per conto dell'associata EDILE CONTROINTERESSATA DUE soc. Coop. a r.l. con sede in Iglesias ai sensi

dell'articolo 13, 4° comma, della legge 109/94 come modificata dalla legge 415 / 98,” (cfr. ult. pag. dell’offerta/dichiarazioni del 10/5/2002 a firma CONTROINTERESSATA). nella medesima dichiarazione (a pag. 1) dichiarava di rivolger istanza "di ammissione alla gara in oggetto un'impresa singola ed allo scopo: dichiara di non trovarsi in una delle cause di esclusione dalle gare di appalto per l'esecuzione di lavori pubblici prevista dall'articolo 75 del d.p.r. 554/1999 e s.m.” –e seguono le specifiche e dettagliate dichiarazioni del rappresentante di CONTROINTERESSATA-.

Dopo l'aggiudicazione provvisoria, in fase successiva di controllo -ai fini dell'emanazione del provvedimento definitivo di aggiudicazione- emergeva che il CONTROINTERESSATA non aveva presentato in fase di gara le certificazioni attestanti il possesso dei requisiti di ordine generale della cooperativa CONTROINTERESSATA DUE di Iglesias (indicata dal CONTROINTERESSATA come propria associata e soggetto per conto della quale agiva il consorzio); il responsabile del servizio decideva dunque di applicare l'articolo 6 della legge 241 / 1990, giudicando solo "incompleta" la documentazione/dichiarazione presentata dal consorzio. Ritenendo quindi che la fattispecie potesse essere oggetto di "regolarizzazione ", invitava al completamento della dichiarazione in applicazione dell'articolo 71, comma 3, del d.p.r. 445/2000 (strumento utilizzabile per irregolarità o omissioni, non costituenti falsità, per le dichiarazioni contemplate le articoli 46 e 47 del d.p.r. 445 /2000). Sul punto si dà atto di aver "acquisito in merito, data la particolare complessità normativa e l'accertata incertezza giurisprudenziale, approfondito parere legale".

Sono state quindi acquisite, previa richiesta di regolarizzazione, le certificazioni attestanti requisiti di ordine generale dei rappresentanti legali della cooperativa CONTROINTERESSATA DUE di Iglesias, al fine di confermare il procedimento espletato e per salvaguardare il pubblico interesse alla più ampia partecipazione alla

gara (documentazione presentata dal CONTROINTERESSATA con nota del 5/6/2002 pervenuta il 12/ 6, rispondente a quanto richiesto nel bando e nel disciplinare di gara).

Con la determinazione dirigenziale del 13/6/2002 n. 455 venivano approvati gli atti della commissione di gara e l'appalto veniva aggiudicato al CONTROINTERESSATA per importo di euro 952.186, al netto del ribasso dell'11,27%.

Con ricorso notificato il 10 luglio 2002 e depositato il successivo 15/7 la seconda classificata RICORRENTE di Forlì (con ribasso offerto del 10,25%) ha impugnato l'esito della gara formulando le seguenti censure:

1) violazione del bando con conseguente eccesso di potere per contraddittorietà e per inosservanza dell'autodisciplina - violazione dei vincolanti principi di gara ed in particolare nelle disposizioni tassative di esclusione contenute nel bando omessa tempestiva presentazione delle dichiarazioni generali obbligatorie da parte dell'associata cooperativa CONTROINTERESSATA DUE di Iglesias - illegittima considerazione delle dichiarazioni tardivamente presentate, solo dopo la scadenza prevista per la presentazione delle offerte e addirittura dopo l'aggiudicazione provvisoria;

2) in via subordinata eccesso di potere per illogicità, incoerenza, arbitrio nell'introduzione di elementi non appartenenti alla disciplina del rapporto o nell'esclusione di elementi voluti da quella disciplina; eccesso di potere per sviamento; nuove violazioni del bando con infrazione delle regole, principi e norme - eccesso di potere per contraddittorietà; violazione del principio della par condicio come principio regola generale nelle gare di questo tipo; violazione della legge 109/94 e del d.p.r. 554/99; eccesso di potere per travisamento della situazione e sviamento;

3) incompetenza in quanto l'integrazione è stata richiesta dal responsabile del servizio e non dalla commissione di gara, alla quale è riservata tale prerogativa; eccesso di potere per contraddittorietà; violazione della legge 241/1990 (articolo 6) nonché dell'articolo 71 del d.p.r. 445/2000 in relazione agli articoli 46 e 47 dello stesso decreto.

Con il ricorso è stata formulata, oltre alla domanda cautelare anche la domanda risarcitoria, precisando che il danno da liquidare, nella delegata ipotesi di mancata possibilità dell'esecuzione in forma specifica, andrà quantificato quanto meno nel 10% sull'importo a base di gara al titolo di mancato utile.

In via principale è stata cioè chiesta l'esecuzione del contratto, in via subordinata il risarcimento del danno.

Si è costituito in giudizio il comune, sostenendo che il fra cooperative di produzione e lavoro (costituito ai sensi della legge n. 422 del 25/6/1909) correttamente aveva fatto uso del potere di regolarizzazione, ritenendo che nel caso di consorzio di cooperative la dichiarazione (sui requisiti generali propri) potesse essere acquisita anche successivamente in ossequio al principio di massima partecipazione; inoltre la difesa del comune riteneva che, in caso di clausole imprecise o dubbie e/o assenza di prescrizione specifica, correttamente il consorzio era stato posto in condizione di integrare successivamente le dichiarazioni dell'associata. In sostanza la difesa comunale sosteneva che il disciplinare non stabiliva in alcun punto ed in alcun modo che nel caso di Consorzio di cooperative la dichiarazione dovesse riguardare “sia il consorzio sia la cooperativa” (ritenendo generiche e carenti di specifiche prescrizioni le disposizioni di gara), determinando una oggettiva situazione di dubbio. Per questi motivi la regolarizzazione successiva, ancorché tardiva, della dichiarazione relativamente alla cooperativa associata (Controinteressata due) e realizzatrice dei lavori deve ritenersi ammissibile e legittima. È stato ritenuto che il potere

discrezionale dell'amministrazione di invitare i concorrenti alla regolarizzazione formale della documentazione prodotta non viola la par condicio di concorrenti, costituendo un correttivo all'eccessivo rigore delle forme, applicabile anche nelle ipotesi in cui il bando le prescrive a pena di esclusione (si richiama CS VI 30.1.1998 n. 120). Si riconosce quindi una situazione di "errore scusabile" del concorrente per incertezza degli atti di gara.

Alla camera di consiglio del 25.7.2002 il Tar ha respinto la domanda cautelare con ordinanza n. 366.

Il Consiglio di Stato ha confermato il diniego di tutela cautelare con ordinanza n.5049 del 19.11.2002.

DIRITTO

Il comune sostiene, in sintesi, che l'obbligo di fornire le dichiarazioni inerenti i requisiti generali (ex articolo 75 dell' allora vigente d.p.r. 554/99) "propri" della consorziata non costituiva prescrizione espressamente sancita né specificamente comminata a pena di esclusione; come tale la situazione era suscettibile di "regolarizzazione" perché l'omissione era stata determinata da errore scusabile (in quanto le dichiarazioni generali erano state fornite dal solo consorzio).

Il Collegio ritiene, invece, che il disciplinare aveva contemplato, a pagina 10, espressamente tale obbligo:

“la dichiarazione in questione (indicata al n. 3) nel caso di concorrenti costituiti da imprese associate o da associarsi la medesima dichiarazione deve essere prodotta o sottoscritta <da ciascun concorrente che costituisce o che costituirà l'associazione o il consorzio o il GEIE>”.

Il sistema normativo (esistente a monte) vuole, infatti, che, in caso di partecipazione di consorzi (che possono partecipare in proprio o solo per una o alcune delle consorziate), i “requisiti generali” debbano essere verificati

dall'Amministrazione sia nei confronti del consorzio, sia nei confronti delle consorziate.

E' necessario cioè (come peraltro anche il disciplinare ha richiesto) che "ciascun concorrente che costituisce o che costituirà l'associazione o il consorzio" debba produrre (con la domanda e quindi entro il termine di scadenza) le dichiarazioni sui requisiti generali.

Nel caso di specie quindi le dichiarazioni avrebbero dovuto essere rese sia dal consorzio partecipante (come avvenuto), sia da parte della consorziata (cooperativa Controinteressata due) per la quale il Consorzio ha espressamente dichiarato di partecipare.

Posto che non sussisteva clausola/disposizione incerta, né a livello normativo né a livello di regole di gara, e tenuto conto che la prescrizione è espressamente sanzionata "a pena di esclusione" (cfr. sia a pag. 7 che a pag. 11 del disciplinare), mancavano i presupposti per consentire il procedimento (dopo l'aggiudicazione) di regolarizzazione delle dichiarazioni (del tutto "mancanti" e non solamente "incomplete" per quanto concerne la consorziata Controinteressata due, unico soggetto che avrebbe eseguito i lavori).

La giurisprudenza è chiara nell'affermare, in caso di partecipazione di Consorzi, il principio che "il possesso dei requisiti generali in ordine alla regolarità della gestione delle singole imprese sotto il profilo dell'ordine pubblico e di idoneità morale vanno verificati non solo in capo al consorzio ma anche in capo alle consorziate designate esecutrici del servizio, dovendosi - invece - ritenere cumulabili in capo al consorzio i soli requisiti di idoneità tecnica e finanziaria" (cfr. Consiglio Stato, sez. IV, 27 giugno 2007 , n. 3765; Consiglio Stato , sez. V, 05 settembre 2005 , n. 4477; T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 9 gennaio 2009 , n. 39; T.A.R. Basilicata Potenza, sez. I, 23 giugno 2008 , n. 301; T.A.R. Toscana Firenze,

sez. II, 18 giugno 2008 , n. 1637; T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 21 novembre 2005 , n. 2076).

Addirittura la giurisprudenza ha ritenuto, in un suo filone, che “nel caso in cui un consorzio stabile partecipi <in proprio> ad una gara, i requisiti generali devono essere posseduti e verificati in capo a tutte le ditte consorziate; conclusione che ha peraltro un robusto aggancio normativo nell'ultimo inciso del comma 4° dell'art. 97 del D.P.R. n. 554/1999, dove si equiparano le imprese consorziate alle mandanti di un'A.T.I.” (cfr. T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 14 aprile 2008 , n. 483; la pronunzia, in particolare, confermava la legittimità della decisione dell'Amministrazione di escludere la ricorrente dalla gara per mancanza di documentazione, inerente al possesso dei requisiti generali in capo a tutti i soggetti consorziati, sebbene, in quel caso, la partecipazione fosse <in proprio del solo Consorzio>).

In ogni caso, in una gara d'appalto pubblico, la facoltà della p.a. appaltante d'invitare le imprese partecipanti a regolarizzare o a chiarire documentazione incompleta o irregolare costituisce, sì, un principio generale che non viola la par condicio delle imprese stesse - ed è applicabile anche se il bando di gara espressamente non lo prevede -; ma, all'evidente scopo d'individuare un ragionevole punto d'equilibrio tra l'esigenza di garantire la massima partecipazione alla gara e la protezione delle imprese concorrenti che hanno puntualmente rispettato le prescrizioni del bando, assumendosene tutti gli oneri, è applicabile solo sulla scorta di rigorose considerazioni oggettive e non per supplire a carenze documentali esclusivamente addebitabili a fatti o a comportamenti non diligenti dell'impresa partecipante (Consiglio Stato , sez. V, 02 luglio 2001 , n. 3595).

Il CONTROINTERESSATA avrebbe dovuto quindi essere escluso per mancanza della dichiarazione essenziale (non regolarizzabile).

In conclusione il ricorso per la parte impugnatoria va accolto, con annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

DOMANDA RISARCITORIA.

Essendo state, nel frattempo, eseguite le opere oggetto di aggiudicazione in favore del CONTROINTERESSATA (in particolare ad opera della Consorzata Cooperativa Controinteressata due), con impossibilità di reintegrazione in forma specifica, va esaminata la domanda subordinata di risarcimento per equivalente.

E' necessario affrontare 2 profili:

- elemento soggettivo della colpevolezza della P.A. (necessario oltre al dato dell'illegittimità dell'aggiudicazione);

- reale e concreta spettanza dell'aggiudicazione da parte della ricorrente (2^a in graduatoria, con il ribasso del 10,25% (con riduzione di euro 112.896) corrispondente ad un importo totale di lavori pari ad euro 960.232

In ordine al primo profilo va considerato che al tempo della determinazione impugnata una parte della giurisprudenza in materia di "regolarizzazione" si era orientata ad ammettere lo strumento in modo alquanto esteso.

Si rilevano, cioè, anche pronunce che enunciavano i seguenti principi:

- a) l'amministrazione, nell'ipotesi di documentazione incompleta od erranea può, nell'ambito della propria discrezionalità, invitare l'interessato a provvedere alla sua regolarizzazione, nei limiti in cui l'integrazione non sia riferita agli elementi essenziali della domanda, rispetto ai quali devono essere rispettati i principi della "par condicio" e l'osservanza dei tempi procedurali. (Consiglio Stato , sez. IV, 09 dicembre 2002 , n. 6684; Consiglio Stato , sez. IV, 28 agosto 2001 , n. 4534);

- b) qualora l'impresa che partecipa ad una gara d'appalto presenti una dichiarazione sostitutiva incompleta rispetto a quanto prescritto dal bando, è illegittimo l'operato dell'amministrazione che la esclude mentre invece dovrebbe, ai sensi dell'art. 6

comma 1 l. 7 agosto 1990 n. 241, permettere all'impresa di regolarizzare la dichiarazione stessa (Consiglio Stato , sez. V, 28 luglio 2000 , n. 4063);

c) alla luce dei principi dettati dall'art. 6 lett. b, l. 7 agosto 1990 n. 241, l'istruttoria dei procedimenti amministrativi deve essere informata al principio della iniziativa d'ufficio e del potere-dovere del responsabile del procedimento di acquisire d'ufficio ogni elemento utile per l'istruttoria e di invitare gli interessati a regolarizzare istanze e dichiarazioni incomplete. Ne deriva che, a fronte di una documentazione ritenuta inidonea, è onere dell'amministrazione completare l'istruttoria richiedendo all'interessato quanto necessario a tal fine (Consiglio Stato , sez. IV, 17 dicembre 1998 , n. 1815).

Tutto si concentra dunque nell'accertare la sussistenza, ai fini del riscontro dell'elemento soggettivo, dell'eventuale negligenza in ordine all'esercizio della discrezionalità concernente la valutazione dell' "omissione" (come testualmente si esprime l'art. 71 del DPR 445/2000) e/o dell' "incompletezza" e/o "erroneità/inidoneità" delle dichiarazioni compiute dal Consorzio (e l'omessa allegazione delle dichiarazioni della consorziata).

Il Collegio ritiene che l'aver applicato l'Amministrazione con maggiore ampiezza l'istituto della regolarizzazione, ritenendo incomplete le dichiarazioni compiute da un soggetto in un caso di mancanza delle dichiarazioni da parte di altro soggetto (consorziato), in applicazione di principi generali (integrazione d'ufficio dell'istruttoria, acquisizione successiva di dichiarazioni da parte del partecipante), non possa qualificarsi in termini di negligenza/ imperizia, avendo il Comune fatto espresso riferimento ad un parere legale acquisito in corso di procedimento (cfr. deliberazione di aggiudicazione definitiva, che lo menziona espressamente), approfondimento resosi necessario proprio a causa del fatto che la materia era discussa e complessa –essendovi orientamenti difformi in giurisprudenza in ordine alla linea di demarcazione e di confine per l'utilizzabilità dell'istituto della

regolarizzazione nei procedimenti concorsuali ed evidenza pubblica- ; e del resto lo stesso Tar, in fase cautelare, riteneva “il contenuto non inequivoco della clausola del bando di gara” (pronunzia provvisoria, questa, che è stata confermata anche dal Consiglio di Stato).

Inoltre, in riferimento al secondo profilo, il ricorrente RICORRENTE (anch'esso un Consorzio, ma non è stato precisato né dimostrato se ha partecipato “in proprio” o per conto di una o più consorziate) non ha dimostrato in giudizio che “con certezza” avrebbe ottenuto l'appalto. Non è stato esplicitato, infatti, a quale titolo il Consorzio Coscoop ha partecipato alla gara, nè è stata prodotta, in estratto, la domanda di partecipazione con (tutte) le dichiarazioni di rito –in ordine ai requisiti generali-, quali dichiarazioni che, lo si rammenta, avrebbero dovuto essere rese (se la partecipazione fosse stata del Consorzio “in proprio”) da parte di tutte le consorziate (a seguire la succitata pronuncia del Tar Sicilia-Palermo n. 483 del 2008).

La richiesta di risarcimento danni si rivela quindi, allo stato, infondata, per entrambi i suddetti profili (carezza elemento soggettivo e mancata dimostrazione in giudizio della sussistenza di tutti gli elementi per l'aggiudicazione) .

Le spese e gli onorari di giudizio possono integralmente compensarsi, in relazione ai peculiari aspetti della controversia.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso per la parte impugnatoria, con annullamento dell'aggiudicazione impugnata;

respinge la domanda risarcitoria.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nelle camere di consiglio dei giorni 20/01/2010 e 17 febbraio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Grazia Flaim, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/02/2010

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

IL SEGRETARIO