

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 22/07/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29876-la-certificazione-di-qualit-volta-ad-ottenere-il-legittimo-dimezzamento-della-cauzione-provvisoria-deve-essere-scritta-in-italiano>

Autore: Lazzini Sonia

La certificazione di qualità volta ad ottenere il legittimo dimezzamento della cauzione provvisoria, deve essere scritta in italiano

Tar Sardegna, Cagliari, 23.06.2010 n. 1553

***La certificazione di qualità volta ad ottenere il legittimo
dimezzamento della cauzione provvisoria, deve essere scritta in
italiano***

L'inidoneità formale della certificazione prodotta, impedendo l'operatività della riduzione, rende insufficiente l'importo della cauzione provvisoria versata, e ciò costituisce, ai sensi del disciplinare di gara, motivo di esclusione.

Ora è noto che nel caso in cui la lex specialis della gara imponga ai partecipanti determinati oneri formali a pena di esclusione, dal rispetto di questi non può, in alcun modo prescindere. Difatti, le prescrizioni che li pongono, se non previamente rimosse, devono essere osservate ed applicate dalla commissione giudicatrice e dalla stessa stazione appaltante, ancorché in ipotesi illegittime (giurisprudenza consolidata).

Né, in presenza di tali prescrizioni, può farsi ricorso al c.d. criterio di interpretazione teleologico (in base al quale deve riconoscersi carattere essenziale solo a quelle clausole che rispondano ad un particolare interesse della stazione appaltante, o che siano poste a garanzia della par condicio fra i concorrenti) che ha, pacificamente, carattere recessivo di fronte a quello formale (cfr. Cons. Stato, V Sez., 1/9/2009, n. 5144).

E' altrettanto pacifico che l'eventuale inosservanza di oneri imposti a pena di esclusione non possa essere sanata, mediante ricorso al potere di ordinare integrazioni documentali postume (T.A.R. Sardegna, I Sez., 29/9/2008, n. 1796, Cons. Stato, V Sez., 22/2/2010, n. 1038)

La controinteressata, si è avvalsa della clausola del disciplinare che consentiva ai concorrenti in possesso del certificato di qualità di presentare una cauzione provvisoria ridotta al 50%.

Tuttavia il certificato di qualità prodotto era redatto in lingua straniera per cui non poteva essere preso in considerazione. Conseguentemente mancava un presupposto per la riduzione della cauzione provvisoria.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Il ricorso è fondato

Dispone l'art. 4 del disciplinare di gara: "l'offerta, così come ogni altro documento ad essa allegato, dovrà essere redatta in ogni sua parte in lingua italiana pena l'esclusione dalla gara".

Alla luce dei ricordati principi non può dubitarsi che la CONTROINTERESSATA dovesse essere esclusa dalla gara.

Ed invero, come risulta dal verbale di gara n. 8 e dalle stesse affermazioni dell'amministrazione resistente (si veda memoria difensiva depositata in data 13/4/2010), parte della documentazione e nello specifico "alcuni dei 23 allegati richiamati negli elaborati descrittivi dell'offerta, consistenti in disegni e grafici relativi a prestazioni tecniche del treno ... nonché certificazioni attinenti a prestazioni e dati tecnici del motore, quali emissioni, sistema di raffreddamento motore, curve del motore e certificazioni rilasciate da enti stranieri", non era redatta in lingua italiana ed era priva di traduzione.

E seppur fosse vero, come ha affermato - peraltro senza essere smentita - l'intimata amministrazione, che taluni dei detti allegati non erano richiesti tra i documenti da allegare all'offerta, il problema si porrebbe per tutti quelli, invece, essenziali. In relazione a questi ultimi, infatti, la riscontrata carenza formale non può essere sanata - proprio in virtù della richiamata clausola posta a pena di esclusione - facendo riferimento, così come dedotto dalla stessa amministrazione, ad altre parti dell'offerta recanti

una "descrizione analitica" dei medesimi aspetti tecnici contemplati negli allegati redatti in lingua straniera.

In ogni caso è sicuro che non sia redatta in lingua italiana e che sia priva di traduzione allegata, la certificazione di qualità prodotta dall'aggiudicataria.

Vero è che questa non era richiesta dalla normativa di gara come requisito per la partecipazione, ma è altrettanto vero che la CONTROINTERESSATA se ne è avvalsa al fine di poter godere del beneficio di cui all'art. 75, comma 7, del D. Lgs. 12/4/2006 n. 163, che consente agli operatori in possesso della suddetta certificazione di prestare la garanzia provvisoria in misura ridotta del 50 %, per cui deve ritenersi che anche tale documento fosse soggetto alla ricordata regola di cui all'art. 4 del disciplinare di gara.

L'inidoneità formale della certificazione prodotta, impedendo l'operatività della riduzione, rende insufficiente l'importo della cauzione versata, e ciò costituisce, ai sensi del disciplinare di gara (art. 6 lett. D), motivo di esclusione.

Si legga anche la decisione numero 1038 del 22 febbraio 2010, emessa dal Consiglio di Stato

***i criteri normativamente (arg.ex art. 46 del codice dei contratti pubblici)
disposti per l'integrazione documentale sono precisi : a) deve trattarsi di
integrazione o chiarimento di un documento incompleto e non di produzione di
un documento mancante; b) il documento deve attenere a requisiti di
partecipazione e non all'offerta.***

Costituisce causa di esclusione il mancato adempimento dell'obbligo di dichiarare, in caso di imprese associate in A.T.I., le quote di partecipazione all'interno della compagine; obbligo imposto al fine di assicurare che la stazione appaltante possa in concreto verificare il possesso dei requisiti di qualificazione da parte delle singole imprese per l'effettiva parte di lavori che ciascuna deve espletare (ex plurimis fra le più recenti Consiglio Stato , sez. VI, 23 luglio 2009, n. 4627; CdS sez. V 22 dicembre 2008 n. 6493; CdS sez. VI 25 novembre 2008 n. 5787 ; CdS sez. V 7 maggio 2008 n. 2079 fra le risalenti CdS sez. V 12 ottobre 2004 n. 6586 ; CGA 13 giugno 2005 n. 358; CdS sez. VI 1 marzo 2007 n. 1001 CdS sez. V 9 ottobre 2007 n. 5260).

La regolarizzazione documentale può essere consentita quando i vizi siano puramente formali o chiaramente imputabili a errore solo materiale, e sempre che riguardino dichiarazioni o documenti che non sono richiesti a pena di esclusione, non essendo, in quest'ultima ipotesi, consentita la sanatoria o l'integrazione postuma che si tradurrebbero in una violazione dei termini massimi di presentazione dell'offerta e, in definitiva, in una violazione della "par condicio". (Consiglio Stato , sez. IV, 19 giugno 2006 , n. 3660). _Sanatorie documentali sono possibili, in conclusione, con la possibilità di integrare successivamente la documentazione prodotta con la domanda di partecipazione alla gara o, comunque, con l'offerta, con un duplice limite: a) la regolarizzazione deve riferirsi a carenze puramente formali od imputabili ad errori solo materiali (Cons. St., sez. VI, 31 agosto 2004, n. 5734); b) la regolarizzazione non può mai riguardare produzioni documentali violative di prescrizioni del bando (o della lettera di invito) presidiate dalla comminatoria di esclusione (Cons. St., sez. IV; 9 dicembre 2002, n. 6675).

Nella specie sussiste un duplice ostacolo alla regolarizzazione documentale : sia l'essenzialità dell'elemento da regolarizzare, non avente carattere formale perché all'interesse dell'amministrazione alla verifica , sin dalla fase dell'offerta, della corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione e

quote di partecipazione (ai sensi dell'art. 13 comma 1 della legge n. 109/1994 applicabile *ratione temporis*) sia la comminatoria espressa di esclusione prevista testualmente dalla *lex specialis* della gara (punto (del disciplinare di gara) in modo chiaro e specifico alla luce della interpretazione letterale e sistematica (sicché appare fuorviante il parere reso dall'ufficio legale a fronte del tenore del punto 8 del disciplinare di gara).

Va altresì considerato che i criteri normativamente (*arg.ex art. 46* del codice dei contratti pubblici) disposti per l'integrazione documentale sono precisi : a) deve trattarsi di integrazione o chiarimento di un documento incompleto e non di produzione di un documento mancante; b) il documento deve attenersi a requisiti di partecipazione e non all'offerta.

Nella specie la questione della integrazione è stata posta in relazione ad un elemento (la dichiarazione della quota di partecipazione) inerente l'offerta ed incidente sulle modalità di esecuzione della prestazione.

Giova riportare il testo della prima decisione del Consiglio di Stato sull'argomento della quota di partecipazione all'esecuzione per aver idea dell'interesse in giuoco che, non avendo carattere formale non consente la regolarizzazione nel modo preteso (ed attuato) dalla Provincia di Lodi.

La decisione è CdS V , 12 ottobre 2004 n. 6586 intervenuta dopo il venir meno del divieto dell'ATI costituenda nella riforma della disciplina degli appalti dovuta alla legge c.d. Merloni ter (l n. 415/1998) .

In tale *decisum* si era statuito nel modo seguente :

“Nel nuovo testo in vigore, introdotto dall'art. 9, l. 415/1998, dopo il venire meno del divieto originariamente previsto dal legislatore 109/1004 di costituire associazioni temporanee e consorzi concomitanti o successivi all'aggiudicazione della gara a pena di nullità della medesima, la norma nulla prevede circa il momento in cui la partecipante è tenuta a dichiarare l'importo dei lavori del raggruppamento in relazione alle singole compartecipanti, se sin dall'ammissione alla gara o successivamente all'aggiudicazione. Sintomatico nel senso della necessità del possesso di siffatti requisiti anteriormente a tale ultima fase e sin dall'ammissione è, però, che il legislatore, in fase di riscrittura dell'art. 13, non abbia inteso emendare il comma 1, laddove subordina la partecipazione alla procedura concorsuale delle associazioni temporanee alla condizione che la mandataria e le altre imprese del raggruppamento siano già in possesso dei requisiti di qualificazione per la rispettiva quota percentuale, con ciò evidentemente riaffermando la necessità delle previa indicazione delle quote di partecipazione. Se l'esplicitazione di tale necessità era giustificata nel precedente divieto di costituire raggruppamenti durante o dopo l'aggiudicazione, non avrebbe senso alcuno una volta caduto tale divieto: averla mantenuta è chiaro indice dell'intento del legislatore di conservare la preventiva verifica dei requisiti in relazione alle singole quote di partecipazione anche nel nuovo regime. Ben avrebbe, infatti, il legislatore potuto emendare, oltre al quinto, anche il comma primo dell'art. 13, l. 109/1994, ed ammettere alla procedura le costituende associazioni temporanee a prescindere dal momento in cui dimostrare il possesso dei requisiti, così eliminando ogni dubbio circa la possibilità per le imprese non ancora raggruppate di dichiarare le rispettive quote di partecipazione anche dopo la fase dell'aggiudicazione. L'invarianza della disposizione evidenzia, sotto l'aspetto puramente ermeneutico, l'intento legislativo di ammettere alla gara i soli raggruppamenti e consorzi, ancorché costituendi, che siano e che dimostrino di essere già in possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico-organizzativa secondo le relative percentuali e prima dell'aggiudicazione. Depongono in tale senso non solo le ordinarie regole di trasparenza e di pubblicità cui l'attività della stazione appaltante deve essere informata ai sensi della legge n. 241/1990 e il canone della *par condicio* fra tutti i partecipanti alla gara: principi in base alle quali il possesso dei requisiti di partecipazione (anche riguardo alle singole quote) deve essere presente all'atto dell'ammissione alla procedura, ma anche più specifici principi inerenti il legittimo andamento della gara, ben potendo la determinazione della soglia di anomalia ai sensi del comma 1-bis della l. n. 109/1994 variare a seconda del numero delle offerte ammissibili, con evidenti riflessi sulle aspettative dei partecipanti alla gara.

Si legga anche

applicazione del disposto di cui all'art. 37, co. 6, d.lgs. n. 163/2006, interpretato tenuto conto di quanto previsto dall'art. 93, co. 4, D.P.R. n. 554/1999 a tenore del quale "le imprese riunite in associazione temporanea devono eseguire i lavori nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento".

E' legittima l'esclusione di un'Ati (non orizzontale) per non aver indicato nella domanda di partecipazione alla procedura di gara alcun elemento idoneo a dare atto del rapporto esistente tra quote di qualificazione e quote di partecipazione e tra quote di partecipazione e quote di esecuzione tra le varie componenti interne al raggruppamento provvisorio.?

Invero, dalle citate previsioni emerge che i singoli partecipanti a raggruppamento temporaneo – salvo che la relativa struttura sia tale da non determinare dubbio alcuno in merito al riparto dei lavori – sono tenuti ad indicare espressamente la rispettiva quota di partecipazione, sì che possa essere colto il rapporto esistente tra quote di qualificazione e quote di partecipazione (di cui all'art. 37, d. lgs. n. 163/2006) e quello tra quote di partecipazione e quote di esecuzione (di cui all'art. 93, co. 4, D.P.R. n. 554/1999)_la espressa qualificazione della costituenda associazione (di cui la società ricorrente intendeva fare parte) come associazione di tipo misto (quindi non orizzontale) impone che dalla stessa domanda di partecipazione risultasse in modo compiuto l'articolazione delle quote di partecipazione; esigenza, questa, non soddisfatta per effetto della sola indicazione, in corrispondenza di ciascuno dei partecipanti al raggruppamento, delle rispettive qualificazioni, da sé sola insufficiente ad eliminare l'incertezza relativa al riparto dei lavori ed alle conseguenti quote di partecipazione.

Merita di essere segnalata la pur breve decisione numero 5787 del 25 novembre 2008, inviata per la pubblicazione in data 28 novembre 2008, emessa dal Consiglio di Stato

Vediamo i fatti

Con la sentenza gravata il primo giudice ha respinto il ricorso proposto da Ar.Fe.ga s.a.s. avverso il provvedimento con cui il Ministero per i beni e le attività culturali – sovrintendenza per i beni archeologici delle Province di Napoli e Caserta ha definitivamente aggiudicato all'ATI BETA i lavori relativi all'intervento da eseguirsi in Bacoli NA.

Nel dettaglio, il giudice territoriale ha accolto il ricorso incidentale con cui la controinteressata ATI ha dedotto che l'odierna appellante non avrebbe indicato nella domanda di partecipazione alla procedura di gara alcun elemento idoneo a dare atto del rapporto esistente tra quote di qualificazione e quote di partecipazione e tra quote di partecipazione e quote di esecuzione tra le varie componenti interne al raggruppamento provvisorio.

All'udienza del 17 ottobre 2008 la causa è stata trattenuta per la decisione.

Ecco il parere del Supremo Giudice amministrativo

DIRITTO

Il ricorso va respinto.

Ritiene, invero, il Collegio di dover confermare quanto sostenuto dal primo giudice in sede di applicazione al caso di specie del disposto di cui all'art. 37, co. 6, d.lgs. n. 163/2006, interpretato tenuto

conto di quanto previsto dall'art. 93, co. 4, D.P.R. n. 554/1999 a tenore del quale "le imprese riunite in associazione temporanea devono eseguire i lavori nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento".

Invero, dalle citate previsioni emerge che i singoli partecipanti a raggruppamento temporaneo – salvo che la relativa struttura sia tale da non determinare dubbio alcuno in merito al riparto dei lavori – sono tenuti ad indicare espressamente la rispettiva quota di partecipazione, sì che possa essere colto il rapporto esistente tra quote di qualificazione e quote di partecipazione (di cui all'art. 37, d. lgs. n. 163/2006) e quello tra quote di partecipazione e quote di esecuzione (di cui all'art. 93, co. 4, D.P.R. n. 554/1999).

Ebbene, nel caso di specie, diversamente da quanto sostenuto in ricorso, la espressa qualificazione della costituenda associazione (di cui la società ricorrente intendeva fare parte) come associazione di tipo misto (quindi non orizzontale) imponeva che dalla stessa domanda di partecipazione risultasse in modo compiuto l'articolazione delle quote di partecipazione; esigenza, questa, non soddisfatta per effetto della sola indicazione, in corrispondenza di ciascuno dei partecipanti al raggruppamento, delle rispettive qualificazioni, da sé sola insufficiente ad eliminare l'incertezza relativa al riparto dei lavori ed alle conseguenti quote di partecipazione.

Alla stregua delle esposte ragioni, va pertanto respinto il gravame.

Un tema di modalità di presentazione della cauzione provvisoria in caso di ati, si veda:

La necessità dell'intestazione della polizza fideiussoria anche alle imprese mandanti della costituenda ati deriva dall'esigenza di coprire i rischi attinenti ai casi in cui l'inadempimento sia ascrivibile a queste ultime

Bisogna quindi, di evitare che la stazione appaltante resti sprovvista di adeguata garanzia nell'ipotesi in cui la violazione degli obblighi connessi alla partecipazione alla gara (ivi compresa la sottoscrizione del contratto) risulti addebitabile ad una o più imprese mandanti.

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 3660 del 19 giugno 2006 in tema di intestazione della cauzione provvisoria in caso di Ati, così si esprime:

<Deve, al riguardo, precisarsi che, dopo la camera di consiglio del 24 settembre 2004 (all'esito della quale la Sezione aveva espresso il convincimento, seppur nelle forme tipiche del giudizio cautelare, della regolarità della polizza intestata alla sola capogruppo), l'Adunanza Plenaria, espressamente investita della questione, ha chiarito che, nella medesima situazione qui controversa, la garanzia, richiesta a titolo di cauzione provvisoria, deve essere prestata, a pena di esclusione, anche dalle imprese mandanti (Cons. St., Ad. Plen., 4 ottobre 2005, n.8).>

ma non solo. Nella fattispecie sottoposta al supremo Giudice amministrativo:

<Così illustrate le ragioni per le quali la polizza fideiussoria prestata a titolo di cauzione provvisoria deve essere intestata, a pena di esclusione, anche alle mandanti della costituenda ati, resta da chiarire che anche la disciplina di gara, là dove imponeva alle concorrenti la prestazione, quale cauzione provvisoria, di fideiussione bancaria (punto 5.1 della lettera di invito), prescriveva l'adempimento nei termini appena chiariti, dovendosi leggere la citata clausola come indirizzata a tutte le concorrenti, ancorché destinate ad associarsi successivamente in ati.>

inoltre, il giudice di Palazzo spada non ha dubbi, la cauzione non poteva essere successivamente regolarizzata:

<la produzione di una polizza intestata anche all'impresa mandante integra, infatti, un adempimento sostanziale successivo, e non il completamento di un documento solo formalmente carente, ad una precisa prescrizione di gara rivolta anche all'impresa rimasta inadempiente e si riferisce ad una regola partecipativa la cui inosservanza risulta espressamente sanzionata, nella lettera di invito, con l'esclusione.>

questo poich :

<La possibilit  di integrare successivamente la documentazione prodotta con la domanda di partecipazione alla gara o, comunque, con l'offerta, invocata in via sostanziale dalla societ  e negata dall'amministrazione, incontra, invero, un duplice limite:

a) la regolarizzazione deve riferirsi a carenze puramente formali od imputabili ad errori solo materiali ; b) la regolarizzazione non pu  mai riguardare produzioni documentali violative di prescrizioni del bando (o della lettera di invito) presidiate dalla comminatoria di esclusione >

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 1553 del 23 giugno 2010 pronunciata dal Tar Sardegna, Cagliari

N. 01553/2010 REG.SEN.
N. 00178/2010 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 178 del 2010, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Ricorrente s.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli

avv.ti Vincenzo Sinisi e Nino Matassa ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Andrea Cannas in Cagliari, via Dante n. 19;

contro

Regione Autonoma della Sardegna, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Graziano Campus e Mattia Pani, dell'ufficio legale dell'ente, presso la cui sede in Cagliari, viale Trento n. 69, è elettivamente domiciliata;

nei confronti di

Construcciones y Auxiliar de Controinteressata s.a. (CONTROINTERESSATA), rappresentata e difesa dagli avv.ti Giovanni Benedetto Carbone, prof. Stefano Crisci, Alessandra Quattrini e Umberto Cossu, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo, in Cagliari, via Satta n. 33;

per l'annullamento

della determinazione 28/12/2009 n. 974 con cui il Direttore del Servizio delle Infrastrutture di Trasporto e della Logistica dell'Assessorato regionale dei Trasporti ha definitivamente aggiudicato alla Construcciones y Auxiliar de Controinteressata, la "fornitura di n. 5 complessi diesel ad assetto variabile con opzione per l'acquisto di ulteriori n. 3 complessi", ed ha confermato l'esclusione dalla gara della ricorrente;

del provvedimento di aggiudicazione provvisoria e di tutte le operazioni svolte dalla Commissione giudicatrice nel corso delle varie sedute;

del provvedimento, assunto nel corso della riunione del 9 luglio 2009, con cui la Commissione giudicatrice ha ammesso al procedimento la Construcciones y Auxiliar de Feorrocarriles

della nota 2 ottobre 2009 prot. n. 8330 a firma del Direttore Generale dell'Assessorato regionale dei Trasporti;

della nota della Direzione generale dell'Area legale prot. 10967 del 25/11/2009, menzionata nel verbale n. 14 del 4/12/2009;
del bando pubblicato sulla G.U.U.E. 2008/S 247-329328 del 19.12.2008, e successive rettifiche, e del Disciplinare di gara;
del contratto stipulato in data 7/4/2010;
nonché per la declaratoria
di inefficacia del medesimo contratto.

Visto il ricorso con i relativi allegati.

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'amministrazione intimata e della controinteressata.

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese.

Visti tutti gli atti della causa.

Nominato relatore per l'udienza pubblica del 9 giugno 2010 il Consigliere Alessandro Maggio e uditi gli avvocati: N. Matassa, per la ricorrente, M. Pani per l'amministrazione resistente e L. Strano, in sostituzione di G. Carbone, per la controinteressata.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Regione Autonoma della Sardegna ha bandito una procedura aperta per l'affidamento della fornitura relativa a 5 complessi diesel ad assetto variabile, con opzione per l'acquisto di ulteriori 3 complessi e di alcuni servizi complementari, tra cui quello concernente l'attività di "formazione del personale addetto alla manutenzione e di quello di condotta del gestore del servizio per 600 ore".

Alla gara hanno partecipato due sole imprese: la Ricorrente s.l., che è stata esclusa dalla selezione e la Construcciones y Auxiliar de Controinteressata s.a. (di seguito CONTROINTERESSATA) a cui è stata aggiudicata la fornitura.

Avverso provvedimento di aggiudicazione definitiva e ulteriori atti del procedimento meglio indicati in epigrafe, è insorta la Ricorrente (la quale, peraltro, con separati ricorsi aveva già impugnato la propria esclusione dalla gara e l'ammissione della CONTROINTERESSATA) proponendo l'odierno gravame.

Questi i motivi dedotti.

1) In base all'art. 4 del disciplinare di gara, l'offerta e ogni altro documento ad essa allegato avrebbero dovuto essere redatti in lingua italiana a pena di esclusione.

Nel caso di specie l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per aver violato la suddetta clausola. Parte della documentazione allegata all'offerta non era, infatti, redatta in lingua italiana.

Invece di procedere all'esclusione la Commissione ha compiuto una valutazione di rilevanza delle parti dell'offerta redatte in lingua straniera, giungendo alla conclusione di poter mantenere in gara la controinteressata, prescindendo dal considerare quelle stesse parti, siccome ritenute non indispensabili.

La Commissione tuttavia non poteva non dare applicazione alla tassativa prescrizione della lex specialis della gara.

E' in ogni caso illogica la motivazione fornita dall'anzidetto organo collegiale a sostegno del proprio operato. E' stato, infatti, sostenuto che le restanti parti dell'offerta (quelle redatte in lingua italiana) "sono sufficienti per l'attribuzione dei punteggi". Tuttavia gli elementi in lingua straniera, in quanto diretti a comprovare la qualità dell'offerta, avrebbero dovuto essere specificamente presi in considerazione.

La sussistenza del dedotto vizio è dimostrata dal fatto che la Commissione è stata costretta a chiedere chiarimenti alla CONTROINTERESSATA proprio in relazione a caratteristiche del motore non illustrate in lingua italiana.

La Commissione ha, quindi, proceduto ad una non ammessa integrazione documentale, così incorrendo in un ulteriore vizio.

2) La CONTROINTERESSATA si è avvalsa della clausola del disciplinare che consentiva ai concorrenti in possesso del certificato di qualità di presentare una cauzione provvisoria ridotta al 50%.

Tuttavia il certificato di qualità prodotto era redatto in lingua straniera per cui non poteva essere preso in considerazione. Conseguentemente mancava un presupposto per la riduzione della cauzione provvisoria.

3) L'appalto oggetto di causa rientra nei c.d. settori speciali. In tali settori l'obbligo di produrre in lingua italiana la documentazione concernente i requisiti di qualificazione (e tra questi il certificato di qualità) è sancito da una specifica disposizione del codice dei contratti (art. 232, comma 12).

4) Contrariamente a quanto previsto dall'art. 8 dell'allegato 1) al D. M. 123 del 2004, la polizza fideiussoria fornita dalla CONTROINTERESSATA non individua come foro competente, per il caso di controversia tra stazione appaltante e garante, quello della prima. Anche per questa ragione l'aggiudicataria non avrebbe potuto partecipare alla competizione.

5) Costituiva, tra l'altro, oggetto del contratto "la formazione del personale addetto alla manutenzione e del personale di condotta del gestore del servizio per 600 ore nel corso del periodo corrispondente a quello di manutenzione".

L'aggiudicataria non ha offerto il suddetto servizio di formazione nella misura minima prescritta dalla lex specialis della gara, per cui doveva essere esclusa dalla procedura selettiva.

6) Secondo il disciplinare di gara (art. 11) la fornitura sarebbe stata aggiudicata in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Costituivano oggetto di valutazione: il "valore tecnico del progetto di fornitura (punteggio massimo 75/100) e il valore economico della fornitura (punteggio massimo 25/100)".

Con riguardo al valore tecnico, era previsto che la valutazione dovesse avvenire sulla base di taluni sub elementi, tra i quali, in particolare, le "prestazioni" (sino ad

un massimo di punti 30) e la migliore offerta in relazione al “termine di consegna” (sino ad un massimo di punti 10).

L’art. 10 del predetto disciplinare stabiliva, inoltre, che si sarebbe proceduto “all’aggiudicazione anche in presenza di una sola offerta valida, purchè la stessa sia ritenuta idonea, in sede di valutazione tecnica con un punteggio pari o superiore a 40 punti su 75”.

La controinteressata ha superato l’esame di idoneità con 48,18 punti, ma tale punteggio è stato raggiunto sommando i 30 punti per le “prestazioni” e i 10 punti per “l’offerta migliorativa termine di consegna”.

Orbene, relativamente a tali sub elementi i criteri di attribuzione dei punteggi appaiono manifestamente illogici, poiché, in evidente contrasto con le finalità della clausola di sbarramento, consentono, nel caso di unica offerta in gara, l’automatico conseguimento del punteggio massimo e quindi il superamento della soglia di idoneità in assenza di alcuna valutazione.

Ed invero, relativamente alle “prestazioni” il disciplinare prevede una simulazione dei tempi di percorrenza tra il treno offerto e quello attualmente operante sulle tratte oggetto di gara, con attribuzione del punteggio massimo “al concorrente che otterrà il miglior risultato nella suddetta simulazione”.

Con riferimento al tempo di consegna il medesimo disciplinare prevede l’assegnazione del punteggio massimo al concorrente che “indicherà la maggior riduzione” dei tempi previsti dalla lex specialis.

E’ evidente che i descritti criteri consentono al concorrente unico di raggiungere sempre il punteggio massimo, qualunque sia l’entità della diminuzione (dei tempi di percorrenza e dei termini di consegna) proposta.

A ciò aggiungasi che sembra che la CONTROINTERESSATA abbia, solo indirettamente, indicato la presunta riduzione dei tempi di consegna, omettendo di

specificare l'entità della riduzione del termine concernente il secondo blocco di treni da consegnare.

Non avendo specificato l'entità della riduzione la CONTROINTERESSATA avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

7) La Commissione giudicatrice ha violato l'art. 83, comma 4, del D. Lgs. n. 163/2006. In più occasioni, infatti, ha introdotto modifiche e specificazioni ai sub criteri e sub punteggi previsti dalla lex specialis.

Con successivo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha chiesto l'annullamento ovvero la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato in data 7/4/2010 tra stazione appaltante e CONTROINTERESSATA per l'affidamento della fornitura per cui è causa, riproponendo espressamente i motivi di censura già prospettati col ricorso introduttivo del giudizio.

Si sono costituite in giudizio sia l'amministrazione intimata che la CONTROINTERESSATA, le quali, con separate memorie, si sono opposte, sia in rito che nel merito, all'accoglimento del ricorso.

Alla pubblica udienza del 9/6/2010, la causa, dopo ampia discussione, è stata posta in decisione.

DIRITTO

In via pregiudiziale devono essere affrontate le questioni di rito sollevate dall'amministrazione resistente e dalla controinteressata.

Con una prima comune eccezione ambedue le controparti deducono che la ricorrente non avrebbe interesse alla decisione essendo stata esclusa dalla gara ed essendosi l'esclusione ormai definitivamente consolidata, per effetto delle sentenze con cui è stato respinto il ricorso avverso la stessa proposto (T.A.R. Sardegna, I Sez., 9/10/2009 n. 1538 e Cons. Stato, V Sez., 23/2/2010 n. 1042).

Da qui la dedotta inammissibilità dell'odierno gravame.

L'eccezione non merita accoglimento.

Il Collegio ritiene di dover aderire al prevalente orientamento della giurisprudenza, secondo cui un'impresa legittimamente esclusa da una gara d'appalto ha un interesse personale, concreto e attuale a dedurre quei vizi che o in quanto diretti a contestare l'ammissione di tutti gli altri concorrenti rimasti in gara, o in quanto idonei a travolgere in radice la procedura, implicano la necessità di ripetere la procedura concorsuale (cfr., T.A.R. Sardegna, I Sez., 23/6/2008, n. 1248, T.A.R. Calabria - Catanzaro, I Sez., 1/2/2010, n. 52, T.A.R. Valle d'Aosta, 11/12/2009, n. 98, T.A.R. Lombardia - Brescia, II Sez., 9/12/2009, n. 2510, Cons. Stato, VI Sez., 23/7/2009, n. 4648 e 6/5/2008 n. 2016, V Sez., 11/5/2009 n. 2871, 4/6/2008 n. 2629 e 9/10/2007, n. 5261).

L'interesse ad agire del ricorrente, infatti, si manifesta in questo caso nella sua forma strumentale, ossia come interesse a partecipare alla nuova gara da indire con conseguente chance di divenirne aggiudicatario.

Tale principio è stato di recente affermato anche dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che, esaminando la questione dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale, ha evidenziato che <<la giurisprudenza amministrativa ha precisato da tempo che una impresa è titolare di un interesse a ricorrere non solo quando mira ad ottenere l'aggiudicazione della gara cui abbia partecipato, ma anche quando, quale titolare di un "interesse strumentale", mira ad ottenere l'annullamento di tutti gli atti, affinché la gara sia ripetuta con l'indizione di un ulteriore bando; ad esempio, quando una impresa, pure se esclusa, abbia impugnato tutti gli atti di ammissione delle altre imprese o abbia impugnato il bando in ragione di una sua "clausola escludente" >> (così Cons. Stato, A. P. 10/11/2008 n. 11).

Il minoritario indirizzo giurisprudenziale invocato dall'amministrazione resistente e dalla controinteressata, che nega al concorrente legittimamente escluso dalla gara ogni interesse ad impugnarne gli esiti, riconoscendogli unicamente la titolarità di

un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione (non diverso a quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo ad impugnarne gli atti)

non appare convincente (cfr. Cons. Stato, V Sez., 29/12/2009, n. 8969 e 21/11/2007 n. 5925, VI Sez., 25/1/2010, n. 248).

Ed invero, ritiene il Collegio che tale orientamento non tenga in adeguata considerazione la cospicua elaborazione giurisprudenziale e dottrinale in tema di interesse a ricorrere, in base alla quale l'interesse di che trattasi (c.d. interesse strumentale) sarebbe ravvisabile ogniqualvolta l'eliminazione di un atto amministrativo non si ponga come prospettiva finale e soddisfattoria per il ricorrente, bensì come condizione necessaria, ancorché non sufficiente, per ottenere il bene della vita cui egli aspira in seguito ad un'ulteriore attività dell'amministrazione.

In quest'ottica il conseguimento del bene della vita cui il ricorrente tende passa attraverso la pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa, rispetto alla quale egli non può dirsi portatore di un interesse di puro fatto alla stregua di qualsiasi altro consociato, proprio perché la soddisfazione di tale pretesa si pone in maniera strumentale alla, sia pure eventuale, realizzazione del proprio interesse sostanziale, la cui tutela posta in termini di effettività, ai sensi del combinato disposto di cui agli art. 24 e 113 cost., non dovrebbe essere frustrata dalla formalistica obiezione che non vi è diretto e consequenziale collegamento tra pronuncia giurisdizionale richiesta e conseguimento dell'utilità concreta e finale.

Nessuna influenza negativa, sulla ravvisata sussistenza dell'interesse a ricorrere può discendere dalla circostanza addotta dalla resistente amministrazione, secondo cui eventuali ritardi nella procedura potrebbero comportare la perdita di una parte consistente del finanziamento compromettendo la possibilità di ripetizione della gara. Trattasi, infatti, di circostanza di mero fatto, peraltro non comprovata.

La controinteressata deduce ancora che l'odierno gravame sarebbe inammissibile in quanto introdotto con ricorso autonomo, anziché nella forma dei motivi aggiunti al ricorso n. 973/2009, col quale l'istante aveva impugnato gli atti prodromici all'aggiudicazione definitiva, tra cui il provvedimento di ammissione alla gara della stessa controinteressata.

Nemmeno questa eccezione coglie nel segno.

Nel regime anteriore alla data di entrata in vigore del D. Lgs. 20/3/2010 n. 53 (per questa parte inapplicabile, *ratione temporis*, all'odierna fattispecie), era, infatti, rimesso alla scelta del ricorrente, se impugnare gli ulteriori atti di un procedimento con ricorso autonomo e con motivi aggiunti a ricorso già pendente (cfr., T.A.R. Molise, 27/1/2010, n. 101, T.A.R. Campania - Salerno, I Sez., 17/12/2009, n. 7963, T.A.R. Lazio - Roma, I Sez., 2/1/2008, n. 1, T.A.R. Lombardia - Brescia, I Sez., 26/11/2008, n. 1689).

Il ricorso può quindi essere esaminato nel merito.

I primi due motivi di gravame, entrambi fondati, possono essere trattati in un unico contesto.

Dispone l'art. 4 del disciplinare di gara: "l'offerta, così come ogni altro documento ad essa allegato, dovrà essere redatta in ogni sua parte in lingua italiana pena l'esclusione dalla gara".

Ora è noto che nel caso in cui la *lex specialis* della gara imponga ai partecipanti determinati oneri formali a pena di esclusione, dal rispetto di questi non può, in alcun modo prescindere. Difatti, le prescrizioni che li pongono, se non previamente rimosse, devono essere osservate ed applicate dalla commissione giudicatrice e dalla stessa stazione appaltante, ancorché in ipotesi illegittime (giurisprudenza consolidata).

Né, in presenza di tali prescrizioni, può farsi ricorso al c.d. criterio di interpretazione teleologico (in base al quale deve riconoscersi carattere essenziale

solo a quelle clausole che rispondano ad un particolare interesse della stazione appaltante, o che siano poste a garanzia della par condicio fra i concorrenti) che ha, pacificamente, carattere recessivo di fronte a quello formale (cfr. Cons. Stato, V Sez., 1/9/2009, n. 5144).

E' altrettanto pacifico che l'eventuale inosservanza di oneri imposti a pena di esclusione non possa essere sanata, mediante ricorso al potere di ordinare integrazioni documentali postume (T.A.R. Sardegna, I Sez., 29/9/2008, n. 1796, Cons. Stato, V Sez., 22/2/2010, n. 1038)

Alla luce dei ricordati principi non può dubitarsi che la CONTROINTERESSATA dovesse essere esclusa dalla gara.

Ed invero, come risulta dal verbale di gara n. 8 e dalle stesse affermazioni dell'amministrazione resistente (si veda memoria difensiva depositata in data 13/4/2010), parte della documentazione e nello specifico "alcuni dei 23 allegati richiamati negli elaborati descrittivi dell'offerta, consistenti in disegni e grafici relativi a prestazioni tecniche del treno ... nonché certificazioni attinenti a prestazioni e dati tecnici del motore, quali emissioni, sistema di raffreddamento motore, curve del motore e certificazioni rilasciate da enti stranieri", non era redatta in lingua italiana ed era priva di traduzione.

E seppur fosse vero, come ha affermato - peraltro senza essere smentita - l'intimata amministrazione, che taluni dei detti allegati non erano richiesti tra i documenti da allegare all'offerta, il problema si porrebbe per tutti quelli, invece, essenziali. In relazione a questi ultimi, infatti, la riscontrata carenza formale non può essere sanata – proprio in virtù della richiamata clausola posta a pena di esclusione - facendo riferimento, così come dedotto dalla stessa amministrazione, ad altre parti dell'offerta recanti una "descrizione analitica" dei medesimi aspetti tecnici contemplati negli allegati redatti in lingua straniera.

In ogni caso è sicuro che non sia redatta in lingua italiana e che sia priva di traduzione allegata, la certificazione di qualità prodotta dall'aggiudicataria.

Vero è che questa non era richiesta dalla normativa di gara come requisito per la partecipazione, ma è altrettanto vero che la CONTROINTERESSATA se ne è avvalsa al fine di poter godere del beneficio di cui all'art. 75, comma 7, del D. Lgs. 12/4/2006 n. 163, che consente agli operatori in possesso della suddetta certificazione di prestare la garanzia provvisoria in misura ridotta del 50 %, per cui deve ritenersi che anche tale documento fosse soggetto alla ricordata regola di cui all'art. 4 del disciplinare di gara.

L'inidoneità formale della certificazione prodotta, impedendo l'operatività della riduzione, rende insufficiente l'importo della cauzione versata, e ciò costituisce, ai sensi del disciplinare di gara (art. 6 lett. D), motivo di esclusione.

E' altresì fondato il quinto motivo.

Come emerge incontrovertibilmente dal disciplinare di gara (art. 1), costituiva oggetto dell'appalto, oltre alla prestazione principale, consistente nella "fornitura di 5 complessi diesel ad assetto variabile e relativi materiali di ricambio e relativa garanzia per un periodo non inferiore a cinque anni, con opzione, in caso di disponibilità di sufficienti risorse finanziarie, per la fornitura di ulteriori 3 complessi e relative prestazioni accessorie", anche una prestazione secondaria concernente la "formazione del personale addetto alla manutenzione e di quello di condotta del gestore del servizio per 600 ore, nel corso del periodo corrispondente a quello di manutenzione (cinque anni)...".

Dal verbale di gara 11/11/2009 n. 10, risulta come la CONTROINTERESSATA, in relazione alla prestazione secondaria, abbia proposto "un periodo di formazione del personale addetto alla manutenzione pari a 10 giorni per un gruppo di 10 persone e un periodo di formazione del personale di condotta pari a 5 giorni per due gruppi di 10 persone".

E', quindi, evidente che l'offerta concernente la prestazione secondaria è inferiore a quella richiesta dalla stazione appaltante e ciò è di per se solo sufficiente a determinare l'esclusione dalla gara, indipendentemente dall'esistenza di un'espressa clausola in tal senso, atteso che ricevere esattamente quanto a monte ritenuto necessario alle proprie esigenze, costituisce principio generale in materia di procedimenti di gara per l'affidamento di contratti pubblici e risponde ad un interesse sostanziale dell'amministrazione (cfr T.A.R. Campania - Napoli, I Sez., 29/1/2009, n. 514 e 2/4/2008, n. 1790).

Per superare tale insormontabile ostacolo, amministrazione resistente e controinteressata, sostengono che la riscontrata carenza dell'offerta relativa alla prestazione secondaria, sarebbe colmata dalla dichiarazione con cui l'aggiudicataria si è impegnata a "rispettare e/o accettare, senza condizione o riserva alcuna tutte le condizioni, prescrizioni e modalità contenute nel bando, nel disciplinare di gara, nella specifica tecnica n. 375558 e relativi allegati (...) obbligandosi a rispettarli per tutto quanto in essi contenuto, così come approvati con Determinazione del Direttore Generale dell'Assessorato dei Trasporti n. 1144 del 12.12.2008, nello schema di contratto, nonché tutte le disposizioni, norme e regolamenti in materia di progettazione e manutenzione di rotabili ferroviari emanati dal Ministero dei Trasporti e da Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. e di impegnarsi a rispettare tutte le suddette norme nella realizzazione della fornitura".

Non occorrono, invero, molte parole per escludere la rilevanza, ai fini in questione, di siffatta generica dichiarazione. E', infatti, sufficiente osservare che, nei contratti – come quello di specie - da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'esatto contenuto dell'offerta, non può che essere individuato facendo esclusivo riferimento alle prestazioni che il concorrente si è espressamente impegnato ad eseguire, descrivendole nel dettaglio nell'ambito della proposta tecnica (T.A.R. Puglia - Bari, I Sez., 26/5/2005, n. 2476). E nella fattispecie, come

più sopra rilevato, la CONTROINTERESSATA ha offerto una prestazione secondaria difforme ed inferiore rispetto a quella minima richiesta dal regolamento di gara.

La controinteressata adduce, infine, che in nessun caso la ravvisata difformità tra la prestazione offerta e quella oggetto d'appalto avrebbe potuto condurre alla sua esclusione dalla procedura selettiva, ostandovi il divieto di commistione tra requisiti di capacità tecnica e criteri di valutazione dell'offerta.

L'argomentazione difensiva è, invero, incomprensibile, posto che il riferimento all'invocato principio è del tutto inconferente rispetto alla problematica qui in esame, nella quale non si discute dei criteri di valutazione dell'offerta predisposti dalla stazione appaltante, ma unicamente della conformità della prestazione offerta a quella richiesta dalla lex specialis della gara.

In definitiva, assorbite le ulteriori censure prospettate, il ricorso va accolto, con conseguente annullamento dell'impugnata aggiudicazione.

Conformemente a quanto richiesto dalla ricorrente, va, inoltre, dichiarata l'inefficacia del contratto stipulato in data 7/4/2010, sulla base dell'annullata aggiudicazione.

Sussistono validi motivi per disporre l'integrale compensazione di spese ed onorari di giudizio.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso in epigrafe e per l'effetto annulla l'impugnata aggiudicazione e dichiara l'inefficacia del contratto sulla base di questa stipulato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del 9 giugno 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Grazia Flaim, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/06/2010

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

IL SEGRETARIO