

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 11/07/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38454-ammesso-soccorso-istruttorio-se-manca-elenco-attivit-con-l-indicazione-committente-oggetto-e-importo-contrattuale>

Autore: Lazzini Sonia

Ammesso soccorso istruttorio se manca elenco attività con l'indicazione committente oggetto e importo contrattuale

Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste sentenza numero 87 del 15 marzo 2016

Va premesso in linea generale come le norme specifiche sulla gara in questione, sulla base del codice degli appalti nel testo novellato e della più recente giurisprudenza, devono essere interpretate in modo da garantire la massima partecipazione, sia pure nel rispetto della par condicio.

Sonia lazzini

Sempre in linea generale, questo Collegio evidenzia che, in assenza di specifiche regole procedurali a livello di disciplina generale, non può essere elevata di per sé a vizio del procedimento concorsuale qualsiasi irregolarità, tenendo presente che ogni contestazione del concorrente, idonea ad introdurre vulnus alla regolarità del procedimento di selezione del contraente, non può trovare sostegno nel solo dato formale ma deve essere suffragata da circostanze ed elementi che, su un piano di effettività e di efficienza causale, abbiano inciso sulla c.d. genuinità dell'offerta, che va preservata in corso di gara.

Tale indirizzo, ancorché elaborato in materia di appalti, costituisce espressione di un principio di portata generale, estensibile a tutte le procedure comparative, secondo cui sussiste un vizio invalidante soltanto qualora sia positivamente provato, o quanto meno vi siano seri indizi, che vi sia stata una manipolazione o manomissione della documentazione di riferimento (T.A.R. Potenza, (Basilicata), sez. I, 14/09/2015, n. 579).

Ad esempio, nel caso di una gara pubblica il richiesto elenco delle attività svolte nell'ultimo triennio, con l'indicazione del committente, dell'oggetto e dell'importo contrattuale, lungi dall'essere un elemento costitutivo della dichiarazione concernente il possesso del requisito di capacità tecnica per la partecipazione alla gara, ne rappresenta piuttosto un mero elemento descrittivo, volto a consentire alla stazione appaltante l'eventuale verifica e controllo; la sua omissione, avendo dato luogo ad un'ipotesi di un mero vizio formale della documentazione prevista per la partecipazione, ben può essere oggetto di integrazione e sanatoria e, a maggior ragione, di soccorso istruttorio da parte

della stazione appaltante e non comportare l'esclusione dalla gara, essendo questa in contrasto non solo con i principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa, ma anche con quelli di imparzialità e buona fede che proprio in tema di gare pubbliche impongono di escludere la rilevanza dei meri vizi formali (Consiglio di Stato, sez. V, 09/03/2015, n. 1178).

riportiamo qui di seguito il testo integrale di Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste sentenza numero 87 del 15 marzo 2016

N. 00087/2016 REG.PROV.COLL.

N. 00010/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...).

DIRITTO

1.0. Oggetto del presente ricorso è l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva del 15 novembre 2015, della nota del 9 dicembre 2015 in cui si dichiara di aver effettuato con esito positivo le verifiche sul possesso dei requisiti ex articolo 38, 41 e 42 del d.lgs. n. 163 del 2006, della nota del 3 dicembre 2015, dei verbali di gara.

1.1. La ditta ricorrente chiede altresì la dichiarazione di inefficacia dell'aggiudicazione e del contratto di appalto con suo subentro e la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica ovvero per equivalente economico.

1.2. Chiede inoltre l'annullamento ex articolo 116 comma secondo del codice del processo amministrativo della comunicazione che le ha negato l'accesso alla documentazione proposta dalla ditta vincitrice.

2.0. È stato altresì proposto dalla ditta controinteressata e vincitrice della gara un ricorso incidentale per l'annullamento della verifica positiva dei requisiti effettuata nei confronti della seconda classificata.

3.0. Va innanzitutto esaminata, per evidenti ragioni logiche, la richiesta di accesso proposta dalla

parte ricorrente.

Essa non può essere accolta; infatti questo collegio non può dubitare dell'esattezza di quanto indicato nella nota del Ministero rivolta alla ditta ricorrente (documento n. 3 degli atti depositati dalla parte ricorrente in data 27 gennaio 2016) nella quale si evidenzia come in data 17 dicembre la ditta aveva preso visione ed estratto copia della documentazione.

È ben vero che il Ministero ha nello stesso atto negato l'esibizione della documentazione sottratta al diritto di accesso, ma tale documentazione riguardava proprio aspetti tecnici riservati e non soggetti all'accesso in quanto destinati alla costruzione di un nuovo Istituto penitenziario. Le ragioni di sicurezza risultano in tale ipotesi evidenti, stante l'oggetto della gara, per cui il diniego, peraltro solo parziale, appare correttamente disposto.

3.1. Quanto alla nuova richiesta di accesso avanzata il 7 gennaio 2016 essa risulta tardiva rispetto alla comunicazione del provvedimento avvenuta in data 9 dicembre 2015, oltre che ripetitiva rispetto alla precedente.

In sostanza la richiesta di accesso proposta a questo tribunale non può essere accolta, come del resto già indicato nell'ordinanza cautelare non impugnata.

4.0. Va esaminato per primo il ricorso incidentale, in quanto la sua eventuale fondatezza paralizzerebbe il ricorso principale.

Va premesso in linea generale come le norme specifiche sulla gara in questione, sulla base del codice degli appalti nel testo novellato e della più recente giurisprudenza, devono essere interpretate in modo da garantire la massima partecipazione, sia pure nel rispetto della par condicio.

4.1. Sempre in linea generale, questo Collegio evidenzia che, in assenza di specifiche regole procedurali a livello di disciplina generale, non può essere elevata di per sé a vizio del procedimento concorsuale qualsiasi irregolarità, tenendo presente che ogni contestazione del concorrente, idonea ad introdurre vulnus alla regolarità del procedimento di selezione del contraente, non può trovare sostegno nel solo dato formale ma deve essere suffragata da circostanze ed elementi che, su un piano di effettività e di efficienza causale, abbiano inciso sulla c.d. genuinità dell'offerta, che va preservata in corso di gara.

4.2. Tale indirizzo, ancorché elaborato in materia di appalti, costituisce espressione di un principio di portata generale, estensibile a tutte le procedure comparative, secondo cui sussiste un vizio invalidante soltanto qualora sia positivamente provato, o quanto meno vi siano seri indizi, che vi sia stata una manipolazione o manomissione della documentazione di riferimento (T.A.R. Potenza, (Basilicata), sez. I, 14/09/2015, n. 579).

4.3. Ad esempio, nel caso di una gara pubblica il richiesto elenco delle attività svolte nell'ultimo triennio, con l'indicazione del committente, dell'oggetto e dell'importo contrattuale, lungi dall'essere un elemento costitutivo della dichiarazione concernente il possesso del requisito di capacità tecnica per la partecipazione alla gara, ne rappresenta piuttosto un mero elemento descrittivo, volto a consentire alla stazione appaltante l'eventuale verifica e controllo; la sua omissione, avendo dato luogo ad un'ipotesi di un mero vizio formale della documentazione prevista per la partecipazione, ben può essere oggetto di integrazione e sanatoria e, a maggior ragione, di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante e non comportare l'esclusione dalla gara, essendo questa in contrasto non solo con i principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa, ma anche con quelli di imparzialità e buona fede che proprio in tema di gare pubbliche impongono di

escludere la rilevanza dei meri vizi formali (Consiglio di Stato, sez. V, 09/03/2015, n. 1178).

5.0. Per ragioni logiche va innanzi tutto esaminata la seconda censura del ricorso incidentale, secondo cui l'impresa ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di gara in considerazione del mancato rispetto dell'obbligo da parte della mandataria del raggruppamento di progettisti di eseguire le prestazioni di servizi indicate come principale nonché per il mancato possesso in capo alla mandataria della percentuale minima del 50% dei requisiti di partecipazione.

5.1. Su tale punto va osservato come l'impresa ricorrente ricorrente principale ha partecipato come impresa singola alla procedura di affidamento, dichiarando di affidare le prestazioni relative alla progettazione a un raggruppamento temporaneo di progettisti. Peraltro la mandataria di tale raggruppamento ha dichiarato e dimostrato una percentuale dei requisiti ben maggiore del 50 % previsto.

5.2. Il raggruppamento ha poi dichiarato e ha altresì provato la sussistenza di tutti i requisiti indicati dalla legge di gara e dal disciplinare, avendo indicato i servizi analoghi eseguiti nonché l'importo di ogni categoria.

5.3. Per completezza va aggiunto che nel bando di gara non vi è alcuna indicazione relativa alle prestazioni principali e quelle secondarie per quanto riguarda i servizi di progettazione.

La seconda censura del ricorso incidentale va quindi rigettata.

6.0. Quanto alla prima doglianaza del ricorso incidentale, relativa alla mancanza del requisito di partecipazione della presenza del giovane professionista previsto dalla norma all'interno del raggruppamento di progettisti, tale censura risulta del tutto analoga a quella del ricorso principale, anch'essa concernente la carenza della documentazione del requisito della presenza di un giovane progettista.

6.1. In generale, la presenza della figura del « giovane progettista » nel Raggruppamento Temporaneo di professionisti è imposta, ai fini della partecipazione alla gara, dagli artt. 90 comma 7, d.lg. n. 163 del 2006 e 253 comma 5, d.P.R. n. 207 del 2010; tale disciplina ha lo scopo di promuovere la presenza di giovani nei gruppi concorrenti a bandi relativi ad incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e concorsi di idee per favorirne la crescita professionale e proprio a tal fine impone che al giovane professionista sia assegnato uno specifico ruolo in qualità di progettista. La posizione di progettista junior nei confronti della stazione appaltante non muta con l'assunzione di maggiori responsabilità professionali; egli, nonostante ciò, non può essere equiparato all'operatore economico che sottoscriverà l'appalto e dunque non dovrà fornire le medesime garanzie morali richieste a quest'ultimo. Per le medesime ragioni, la conclusione può essere estesa anche al possesso dei requisiti professionali, la necessità della dimostrazione dei quali appare ragionevole e conforme allo scopo della norma escludere proprio in ragione del fatto che la partecipazione del giovane professionista è finalizzata a garantire a quest'ultimo l'incremento di quelle competenze professionali che non può vantare per poter partecipare singolarmente alla gara (T.A.R. Brescia, (Lombardia), sez. II, 14/05/2015, n. 724; Consiglio di Stato, sez. IV, 16/06/2015, n. 2988).

6.2. In altri termini, qualora il disciplinare di gara stabilisce, ai sensi dell'art. 90 comma 7, d.lg. n. 163 del 2006, che i raggruppamenti temporanei devono prevedere la "presenza" quale progettista di almeno di un professionista laureato, abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione comporta che il termine "presenza" è di amplissima latitudine significativa e testimonia semplicemente la necessità di un rapporto (nella specie un contratto di collaborazione al fine

dell'inserimento tra i progettisti dell'opera) tra RTI e professionista junior, ma non implica un suo inserimento nel raggruppamento quale componente; infatti la norma si riferisce soltanto alla presenza di un giovane professionista, con evidenti finalità di carattere promozionale, non potendo essere intesa come prescrizione di un vero e proprio obbligo di associare lo stesso al raggruppamento; pertanto, ai fini della valida partecipazione di una a.t.i.a procedure indette per l'aggiudicazione di servizi di progettazione è sufficiente che nella compagine del raggruppamento medesimo venga contemplata la presenza, con rapporto di collaborazione professionale o di dipendenza, di un professionista abilitato da meno di cinque anni, senza la necessità che questi assuma anche responsabilità contrattuale (T.A.R. Catania, (Sicilia), sez. I, 18/10/2012, n. 2445).

6.3. Inoltre su tale questione va osservato come né l'articolo 90 comma settimo del d. lgs. n. 163 del 2006 né l'articolo 253 comma quinto del d.p.r. 207 del 2010 prevedono che la mancanza del giovane professionista sia sanzionata con l'esclusione dalla gara. La previsione di legge, infatti, presenta una finalità promozionale per favorire la formazione dei giovani che si avvicinano alla professione, e non riguarda i requisiti di capacità degli operatori economici.

Nella legge di gara poi non è prevista nessuna sanzione per la carenza documentale sulla presenza di un giovane professionista.

6.4. Va - conclusivamente sul punto - osservato come sia l'impresa ricorrente principale sia la ricorrente incidentale abbiano documentato in modo sufficiente la presenza del giovane professionista tra i progettisti.

Ne consegue l'infondatezza sia della censura indicata nel ricorso incidentale sia quella del tutto analoga indicata al primo posto del ricorso principale.

7.0. Esaurito quindi l'esame del ricorso incidentale, come visto non fondato in entrambe le doglianze, non resta che esaminare le restanti censure del ricorso principale.

7.1. La seconda censura riguarda l'asserita irregolarità dell'autentica posta dal notaio sul documento riguardante la polizza fideiussoria per la **cauzione** provvisoria, in quanto apposta su foglio separato.

7.2. A parte che eventuali irregolarità delle autentiche non sono previste a pena di esclusione, tuttavia la dichiarazione resa dal sottoscrittore della polizza autenticata dal notaio identifica il contratto di fideiussione nonché il potere di firma del sottoscrittore. Invero il documento n 10 della memoria dell'amministrazione dimostra che il fascicolo risulta unitario, in quanto timbrato nella rilegatura, laddove l'autentica non è affatto apposta in foglio separato ma in calce a detto fascicolo.

7.3. In sostanza, tale censura non risulta fondata in primis in quanto presuppone un'esclusione non prevista dalla legge di gara; infatti la mancata autenticazione della firma, da parte di un notaio, della sottoscrizione di una polizza fideiussoria può essere oggetto d'integrazione e non comporta l'esclusione dalla gara di appalto (T.A.R. Catania, (Sicilia), sez. II, 17/07/2007, n. 1231).

7.4. L'atto notarile infine risulta correttamente disposto in calce a un fascicolo unitario; infatti qualora la polizza assicurativa, presentata in sede di gara pubblica per l'appalto di opera pubblica, si componga di più pagine è necessario che in quelle successive alla prima il notaio apponga un timbro di congiunzione come avvenuto nel caso in esame (Consiglio di Stato, sez. IV, 30/12/2006, n. 8265).

8.0. La terza doglianza del ricorso principale riguarda il fatto che due soggetti, uno già presidente del consiglio di amministrazione e l'altro componente del consiglio di amministrazione di una delle ditte vincitrici, sarebbero stati coinvolti in una nota vicenda penale e quindi sarebbe dimostrata la

presenza ex articolo 38 lettera c) del codice degli appalti di una ditta inaffidabile che avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

8.1. Come noto l'art. 38, lett. c), d.lg. n. 163 del 2006 ricollega l'effetto espulsivo dalla gara alla duplice circostanza che la sentenza di condanna sia passata in giudicato e sia stata pronunciata nei confronti di un soggetto che, all'attualità, rivesta una delle cariche previste (nel caso di società di capitali: amministratore munito di potere di rappresentanza, direttore tecnico, socio unico persona fisica, socio di maggioranza nel caso di società con meno di quattro soci); la citata norma, inoltre, estende la propria applicabilità anche all'ipotesi in cui la sentenza irrevocabile di condanna sia stata pronunciata nei confronti di soggetti "cessati dalla carica", ma alla duplice condizione che i medesimi siano cessati dalla carica "nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara" e che "l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata" (T.A.R. Brescia, (Lombardia), sez. II, 16/12/2015, n. 1726).

8.2. In altri termini, nelle gare pubbliche l'effetto preclusivo della partecipazione di cui all'art. 38 comma 1 lett. c), d.lg. 12 aprile 2006 n.163, può essere superato soltanto qualora l'impresa dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione (sostanziale, univoca e completa, e non meramente formale) dal comportamento di tali soggetti (T.A.R. Lecce, (Puglia), sez. III, 02/12/2014, n. 3020).

8.3. Su tale questione va innanzitutto osservato come l'esclusione riguarda gli amministratori muniti di potere di rappresentanza, per cui comunque non riguarda il componente del consiglio di amministrazione.

8.4. Quanto all'ex presidente del consiglio di amministrazione egli è stato coinvolto nell'indagine penale in epoca successiva alla data di partecipazione alle procedure di gara e comunque la ditta ha posto in essere tutti i possibili atti di dissociazione, tra l'altro espressamente comunicati alla stazione appaltante.

8.5. Invero il soggetto poi era cessato dalle cariche di presidente e consigliere del consiglio di amministrazione a seguito di tempestive dimissioni rassegnate, e inoltre la ditta ha dimostrato con fatti concludenti - tra cui la costituzione quale parte civile nel processo penale conclusosi con una sentenza patteggiata - la sua dissociazione dalla sua posizione.

8.6. Su tale questione si rileva che la dissociazione non risulta codificata e deve essere valutata caso per caso, non esistendo nella normativa disposizioni univoche in tal senso; rileva anche la tempistica, nella fattispecie alquanto rapida.

9.0. Pertanto tutte e tre le censure del ricorso principale risultano infondate e vanno rigettate.

9.1. In conclusione il ricorso incidentale risulta infondato così come quello principale. La reciproca soccombenza induce il collegio a compensare le spese di giudizio tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, rigetta il ricorso incidentale così come quello principale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2016 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente, Estensore

Manuela Sinigoi, Primo Referendario

Alessandra Tagliasacchi, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **15/03/2016**

IL SEGRETARIO

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