

Publicato il 16/07/2018

N. 04711/2018 REG.PROV.COLL.
N. 01911/2018 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 della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 1911/18 R.G., proposto da
M.E.C. Meridionale Edilizia Costruzioni S.r.l., in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio
Ausiello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Città Metropolitana di Napoli, in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Alfredo Perillo, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto
in Napoli, piazza Matteotti 1, presso gli uffici dell'Avvocatura dell'ente;

nei confronti

Ma. Tec S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dall'avvocato Arturo Testa, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio
in Napoli, via Santa Lucia n. 15;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della determina n. 2285 del 17.04.2018, della Città Metropolitana di Napoli, a firma del Dirigente Coordinatore Ing. Pasquale Gaudino, trasmessa in pari data -ex art. 29, co. 1, D.Lgs. 50/2016- in parte qua, nella parte in cui sono state approvate le risultanze delle sedute di gara limitatamente all'ammissione a gara e conseguente proposta di aggiudicazione in favore dell'impresa MA.TEC. S.r.l., relativamente alla gara indetta per “il Bando n. 013/2017 per l'Affidamento dei lavori di ristrutturazione dell'edificio scolastico che ospita il Liceo “Colombo” sito alla Via Nuova del Bosco in Marigliano (NA). Importo € 870.000,00 ai sensi dell'art. 36 D.Lgs. n. 50/2016, CIG 7335952B17- CUP H91E16000450003”; nonchè del verbale della seduta di gara del 10.4.2018 nella parte in cui, anziché escludere il concorrente MA.TEC. S.r.l., è stato disposto il soccorso istruttorio in favore di quest'ultimo, per contrasto sia con l'art. 8 del disciplinare, sia con l'art. 83, comma 9, D.Lgs. 50/2017.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da MA. TEC S.R.L. il 21\5\2018 :

per la dichiarazione di nullità e/o l'annullamento, previa sospensione, - in parte qua del disciplinare della gara indetta dalla Città Metropolitana di Napoli per l'Affidamento dei lavori di ristrutturazione dell'edificio scolastico che ospita il Liceo “Colombo” sito alla Via Nuova del Bosco in Marigliano (Na). Importo € 870.000,00, nella parte in cui (cfr. art. 8) prevede l'esclusione dalla gara in caso di offerta contenente qualsivoglia irregolarità nella modalità di formazione e presentazione della garanzia provvisoria, ove fosse intesa a non consentire l'operatività del soccorso istruttorio, nella prospettiva della regolarizzazione di vizi concernenti la predetta garanzia;

- del disciplinare di gara laddove fosse inteso nel senso di non consentire la regolarizzazione delle carenze delle dichiarazioni formali ex art. 80 co. 5 lett.b) D. Lgs. n. 50/16.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Città Metropolitana di Napoli e di Ma. Tec S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nella camera di consiglio del 6 giugno 2018 la relazione del consigliere Paolo Corciulo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Città Metropolitana di Napoli, con avviso n. 13/2017, ai sensi dell'art. 36, secondo comma, lett. c) del D.Lgs. 50/2016, ha indetto una procedura telematica negoziata per l'affidamento di lavori di ristrutturazione dell'edificio scolastico del Liceo "Colombo" di Marigliano, da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo. Entro il termine finale di presentazione delle offerte del 10 aprile 2018 partecipavano alla gara venti operatori economici, tra cui la società M.E.C. Meridionale Edilizia Costruzioni S.r.l.. Con determinazione dirigenziale n. 2285 del 17 aprile 2018, comunicata in pari data, veniva formulata proposta di aggiudicazione in favore della MA. TEC s.r.l., concorrente prima graduata con il ribasso del 38,45263%., mentre la M.E.C. Meridionale Edilizia Costruzioni S.r.l., risultava seconda classificata con il ribasso del 38,15222%.

Avverso tale determinazione ha proposto ricorso a questo Tribunale la M.E.C. Meridionale Edilizia Costruzioni S.r.l., chiedendone l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari, oltre al risarcimento del danno.

Premette la società ricorrente di avere avuto contezza dell'effettivo svolgimento delle operazioni di gara, solo in esito ad istanza di accesso alle relativa documentazione, evidenziando altresì, in punto di interesse, che l'estromissione della controinteressata le consentirebbe di avere titolo

all'aggiudicazione, a prescindere dalla modificazione della soglia di anomalia.

Con il primo motivo di impugnazione si lamenta la violazione dell'art. 8 del disciplinare di gara per avere omesso la MA.TEC s.r.l. di presentare la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, stabilita a pena di esclusione, di avere costituito garanzia fideiussoria, denominata garanzia provvisoria, nella misura del 2% del valore di appalto e per non avere comunque allegato direttamente tale polizza. Deduce altresì la società ricorrente che, nonostante tale previsione escludente, la stazione appaltante, nella seduta del 10 aprile 2018, in presenza dell'omessa dichiarazione e della mancata allegazione della polizza fideiussoria, aveva illegittimamente attivato il soccorso istruttorio nei confronti della MA.TEC s.r.l., consentendole così di sanare una carenza sostanziale, erroneamente ipotizzando di trovarsi in presenza di una questione formale.

Con il secondo motivo si contesta l'illegittima attivazione del soccorso istruttorio in favore della MA.TEC s.r.l., intervenuto nella stessa seduta del 10 aprile 2018, che avrebbe consentito alla controinteressata di sanare un'altra grave omissione relativa alla dichiarazione di cui all'art. 80, quinto comma, lett. b) del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, con riferimento allo stato di liquidazione coatta, di concordato preventivo e di concordato con continuità aziendale.

Si sono costituiti in giudizio la Città metropolitana di Napoli e la MA.TEC S.r.l., quest'ultima proponendo anche ricorso incidentale, con cui ha impugnato la lex specialis di gara, ove intesa nel senso di aver limitato la possibilità di ricorso al soccorso istruttorio da parte della commissione.

Alla camera di consiglio del 6 giugno 2018, fissata per la trattazione della domanda cautelare, il Tribunale, ritenendo la sussistenza dei presupposti per una sentenza in forma semplificata, ha trattenuto al causa per la decisione.

Premette il Collegio in punto di fatto che nella seduta del 10 aprile 2018 la commissione di gara nell'esaminare la documentazione della concorrente MA.TEC s.r.l. aveva rilevato la mancata risposta sull'assenza di situazioni di cui all'art. 80, comma 5, lettera b) del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, non essendo state barrate le relative caselle del modello di domanda,, nonché la mancata dichiarazione sulla costituzione della garanzia provvisoria; avendo ritenuto che entrambi tali carenze rientrassero nella disciplina del soccorso istruttorio ai sensi dell'3.6 del disciplinare, si invitava il concorrente a provvedere alle necessarie integrazioni. Effettivamente, dall'esame della domanda di partecipazione si evince la mancata apposizione di una segnatura sulle caselle sia relative all'assoggettamento alle procedure de quibus, sia con riferimento alla cauzione provvisoria, che comunque risulta essere stata emessa in data 27 marzo 2018, quindi in un tempo anteriore rispetto alla scadenza del termine di partecipazione alla gara.

Punto centrale e decisivo della controversia resta, dunque, l'applicabilità del soccorso istruttorio, nel caso di specie rispetto alle due richiamate criticità documentali.

Il punto 3.6 del disciplinare, sul soccorso istruttorio, ha previsto che «le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui all'art.83 co.9 del Codice. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine di sette giorni perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa. Ai fini dell'applicazione

dell'art.83 co. 9 del D.lgs. n. 50/2016 sono individuati come dichiarazioni essenziali quelle sostitutive di certificazione e di atto di notorietà, anche di soggetti terzi, relative ai requisiti di partecipazione e come elementi essenziali quelli individuati nel presente disciplinare con la dicitura “a pena d’esclusione”, con eccezione di quelli afferenti all’offerta. In ogni caso il mancato, inesatto o tardivo adempimento all’eventuale richiesta della Stazione Appaltante di completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei documenti e delle dichiarazioni presentate, costituisce causa di esclusione».

Quanto alla cauzione provvisoria, ai fini della partecipazione, l’art. 8 del disciplinare consentiva al concorrente di presentare una dichiarazioni sostitutiva di atto di notorietà di avvenuta costituzione, o, in alternativa di allegare la fideiussione in originale o sotto forma di documento informatico; la lex specialis, infine, stabiliva che «la mancata presentazione delle dichiarazioni o della documentazione sopra riportate ai punti n.1 e n.2 ovvero l’incompletezza/irregolarità delle stesse rappresenta – anche ai fini di cui all’art.83 co.9 del Codice - causa di esclusione».

Occorre, pertanto, interrogarsi sulla applicabilità di tale prescrizione espulsiva e segnatamente sulla sua compatibilità con il principio generale di tassatività delle cause di esclusione, predicato anche nel Codice dei Contratti di cui al d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50; invero, negare il ricorso al soccorso istruttorio ad ipotesi ulteriori rispetto a quelle già non consentite dalla legge, implica qualificare come escludente l’omissione a cui tale forma di sanatoria si dovrebbe riferire. Ciò determina la necessità di ricercare un’aderenza tra tale istituto ed il principio di tassatività, coniugando favor participationis e par condicio competitorum.

Con riferimento al caso di specie, l’indagine ben può ritenersi limitata al profilo formale della questione, dal momento che risulta acquisito agli atti processuali che la società controinteressata era in possesso del requisito della cauzione provvisoria già da un tempo anteriore rispetto alla scadenza

del termine di partecipazione. Ci si deve domandare, pertanto, se la mancata dichiarazione – a cui si è accompagnata nel caso di specie la mancata produzione – in ordine al possesso del titolo cauzionale fosse ragione di immediata estromissione, quindi se tale ipotesi figurasse tra le cause di esclusione previste dalla legge.

Al quesito occorre rendere risposta negativa, essendosi in presenza di una carenza di elemento formale della domanda, ai sensi dell'art.83, comma 9 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, ove con il termine “domanda” deve intendersi non solo la documentazione amministrativa costituita dall'istanza di partecipazione e dalle dichiarazioni sostitutive di atto notorio e di certificazione presentate dal concorrente, ma tutto il complesso dei requisiti occorrenti per la partecipazione alla procedura di gara; invero, solo così intesa, può avere senso l'espressione “elemento formale della domanda”, contrapposto a quello “sostanziale”, riferibile alla concreta esistenza e disponibilità dei requisiti dichiarati e rappresentati. Va aggiunto che nella nozione di carenza di elemento formale va compresa anche l'ipotesi di omessa indicazione tout court, sia perché la norma stessa del Codice si riferisce ad ipotesi di « mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi (escludendo quelli riferibili all'offerta)», sia perché la sanatoria consente che siano « rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie»; è appena il caso di aggiungere che, in fattispecie come quella in esame, la rappresentazione dell'elemento è di tipo binario, ossia di possesso o meno, anche alla luce della struttura sintetica dei modelli utilizzabili, per cui incompletezza ed omissione della dichiarazione finiscono per sovrapporsi.

Conclusivamente, deve ritenersi contraria al principio di tassatività delle cause di esclusione e, quindi, nulla la previsione del disciplinare, in precedenza richiamata, limitativa dell'applicazione del soccorso istruttorio nel caso di specie; di conseguenza, del tutto correttamente la stazione

appaltante ha fatto uso dell'istituto per consentire alla società controinteressata di integrare la dichiarazione mancante.

Ne discende l'infondatezza anche del secondo motivo di impugnazione, afferente alla mancata indicazione dell'insussistenza delle condizioni soggettive di cui all'art. 80, quinto comma, lett. b) del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, con riferimento allo stato di liquidazione coatta, di concordato preventivo e di concordato con continuità aziendale, trattandosi anche in questo caso di una carenza formale della domanda, senz'altro suscettibile di integrazione attraverso il ricorso all'istituto di cui all'art. 83, comma 9 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50.

Deve, di conseguenza, essere respinta anche la domanda risarcitoria.

Il ricorso incidentale deve essere dichiarato improcedibile, per carenza di interesse, essendo infondato il ricorso principale; va precisato che, nel merito, tale mezzo di impugnazione sarebbe comunque stato meritevole di accoglimento alla luce delle superiori considerazioni.

Le spese seguono la soccombenza, con condanna della società ricorrente al relativo pagamento in favore della Città metropolitana di Napoli e della controinteressata nella misura di euro 2.500 (duemilacinquecento/00) per ciascuna di esse, con rimborso alla MA.TEC. s.r.l. dell'importo del contributo unificato per il ricorso incidentale, se versato, a carico della ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge e dichiara improcedibile il ricorso incidentale. Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese processuali in favore della Città Metropolitana di Napoli e della controinteressata nella misura di euro 2.500(duemilacinquecento/00) per ciascuna di esse, con rimborso alla MA.TEC. s.r.l. dell'importo del contributo unificato per il ricorso incidentale, se versato, a carico della ricorrente.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2018

con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Paolo Corciulo, Consigliere, Estensore

Domenico De Falco, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Paolo Corciulo

IL PRESIDENTE

Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO