

N. 03351/2012REG.PROV.COLL.
N. 05211/2011 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5211 del 2011, proposto da:

Intini Angelo Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Federico Massa, Francesco Cantobelli, con domicilio eletto presso Federico Massa in Roma, via degli Avignonesi, 5, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Pascone, con domicilio eletto presso F. Massa in Roma, via degli Avignonesi N. 5;

contro

Consorzio Works - Ati con Adriatica Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Pietro Quinto, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria N. 2;

nei confronti di

Provincia di Taranto, rappresentato e difeso dall'avv. Cesare Semeraro, con domicilio eletto presso Luigi Albisinni in Roma, via G. Zanardelli, 20;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE: SEZIONE III n. 00818/2011, resa tra le parti, concernente della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE: SEZIONE III n.

00818/2011, resa tra le parti, concernente REALIZZAZIONE DELLA DIRETTRICE VIARIA LITORANEA DA TARANTO AD AVETRANA

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio Works - Ati con Adriatica Srl e di Provincia di Taranto;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Alpin S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Roberto Prozzo, con domicilio eletto presso Giuliano Bologna in Roma, via Merulana 234;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 maggio 2012 il Cons. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti gli avvocati Pirocchi, per delega dell'Avv. Pascone, Quinto, e Misserini, in sostituzione dell'Avv. Semeraro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Lecce, sez. III, con la sentenza n. 818 del 5 maggio 2011, ha accolto il ricorso n. 2068-2010 proposto dall'attuale appellato Consorzio Works in proprio e quale mandatario dell'ATI costituita con la società Adriatica s.r.l. e De Biasi Giuseppe e e, per l'effetto, ha annullato la determinazione del Dirigente Appalti e Contratti della Provincia di Taranto n. 207 del 18 novembre 2010, di approvazione dei verbali di gara e di aggiudicazione in favore della Intini Angelo s.r.l. dell'appalto per la realizzazione della direttrice viaria Litoranea interna da Taranto ad Avetrana.

La citata sentenza del TAR ha, invece, dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse il ricorso n. 20-2011, proposto dall'odierno appellato Alpin s.r.l. in proprio e quale capogruppo della costituenda ATI con

la ditta Del Prete Salvatore, e ha dichiarato improcedibili i ricorsi incidentali proposti.

Il TAR fondava la sua decisione rilevando, sinteticamente, che in data 9 dicembre 2010 il Consorzio Works, accedendo agli atti della procedura, constatava l'assenza, fra i documenti dell'aggiudicataria, della dichiarazione sostitutiva richiesta dall'art. 15.1.3 del Disciplinare di gara (concernente, tra l'altro, le cause di esclusione ex art. 38 d.lgs. 163/06).

Il TAR, pertanto, preso atto della mancanza, agli atti della procedura, di un determinato decisivo documento, riteneva che tale mancanza, di cui è allo stato era ignota la causa, oltre a precludere ogni possibilità di verifica sul documento medesimo, determinasse anche, e soprattutto (in particolare se si considera che il Presidente e il Segretario della Commissione davano atto della presentazione da parte della Intini della dichiarazione in parola), una situazione di obiettiva incertezza sulla complessiva custodia degli atti di gara.

In tale contesto, concludeva il TAR, doveva ritenersi condivisibile l'indirizzo interpretativo secondo cui l'integrità dei plichi contenenti le offerte delle imprese partecipanti costituisce un elemento sintomatico della segretezza delle stesse e della "par condicio" di tutti i concorrenti, elementi che, a loro volta, servono ad assicurare il rispetto dei principi di buon andamento ed imparzialità cui deve conformarsi l'azione amministrativa.

Per il TAR, pertanto, è sufficiente che vi sia la prova in atti che la documentazione di gara sia rimasta esposta al rischio di manomissione per ritenere invalide le operazioni di gara.

L'illegittimità dell'intera procedura ha comportato, secondo il TAR, l'improcedibilità del ricorso n. 20 del 2011, posto che per la Alpin non residuava più alcun interesse a coltivare censure relative ad una gara ormai integralmente invalidata; lo stesso veniva dedotto dal TAR con riferimento al ricorso incidentale del Consorzio Works.

L'appellante contestava la sentenza del TAR chiedendo l'accoglimento dell'appello.

Si costituivano il Comune intimato, a sostegno delle ragioni dell'appellante, e i controinteressati chiedendo il rigetto dell'appello; il controinteressato Alpin s.r.l. proponeva appello incidentale condizionato e il controinteressato Consorzio Works proponeva appello incidentale.

All'udienza pubblica dell'8 maggio 2012 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Ritiene il Collegio, come già stabilito in sede cautelare dalla Sezione con la propria ordinanza 27 luglio 2011, n. 3365, che l'appello sia infondato, non sussistendo ragioni per discostarsi da quanto ritenuto dalla sentenza impugnata, anche in considerazione del fatto che la vicenda in esame è incentrata non sullo smarrimento di una busta contenente l'offerta tecnica, che era già stata oggetto di specifica valutazione, bensì sulla mancanza dei documenti attestanti le dichiarazioni ai fini della partecipazione alla gara.

Preliminarmente, deve essere disattesa la riproposta eccezione di tardività dei motivi aggiunti proposti in primo grado dal Consorzio Works, atteso che, con i medesimi, sono state contestate le modalità di custodia degli atti di gara, contestazioni che non potevano essere formulate fino al momento in cui la Provincia non ha reso noto che il documento oggetto di controversia non era stato rinvenuto nell'ambito delle produzioni dell'attuale appellante Intini s.r.l., poiché asseritamente scomparso successivamente.

Nel merito, il Collegio non può che confermare la correttezza delle valutazioni del TAR.

Infatti, risulta agli atti che, in data 9 dicembre 2010, nel corso di un accesso agli atti, il Consorzio Works ha constatato l'assenza dal compendio documentale prodotto dalla Intini s.r.l., della dichiarazione sostituiva richiesta dall'art. 15.1.3. del disciplinare di gara, concernente l'attestazione del possesso dei requisiti di ordine generale.

Secondo l'appellante detto documento sarebbe stato incontestabilmente prodotto dalla Intini s.r.l. e presente agli atti, come risulterebbe dal verbale

delle operazioni redatto nel corso della seduta del 17 maggio 2010 e dalle dichiarazioni postume del Presidente della Commissione di gara.

In realtà, secondo il Collegio, tali atti non dimostrano affatto la presenza inequivocabile del documento.

Il primo argomento di prova si riferisce, infatti, all'enunciazione della completezza della documentazione e al fatto che l'avvio della successiva fase di valutazione delle offerte presupporrebbe sempre come esaurita positivamente la prima fase di ammissione alla gara costituita dalla verifica della documentazione richiesta a pena di inammissibilità.

Tuttavia, tale argomento costituisce una mera illazione, sconfessata dal fatto materiale, inequivocabile ed incontestato, che la dichiarazione in contestazione non è stata successivamente reperita né è stata trovata dopo l'accesso agli atti che si è descritto.

Inoltre, lo stesso verbale non specifica con quali modalità siano stati conservati e custoditi i documenti dimostranti i requisiti di ammissione delle imprese, confermandosi, quindi, l'inidoneità del medesimo a fornire qualsiasi elemento probatorio a sostegno della tesi dell'appellante.

Il secondo argomento di prova è assolutamente inidoneo a dimostrare quanto ritiene di dover dimostrare l'appellante, ovvero che il documento era presente, poiché si riferisce ad una dichiarazione postuma che, come tale, è inidonea a sanare un vizio del procedimento avvenuto anteriormente.

Peraltro non è neppure sostenibile che il verbale di gara sarebbe incontestabile in quanto ha natura di atto pubblico in ordine ai fatti in esso riportati, secondo la disciplina dell'art. 2699 c.c. e del seguente art. 2700 c.c., i quali dispongono che l'atto pubblico, in quanto documento formato da pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede, fa fede fino a querela di falso: la pubblica fede, infatti, non può estendersi alle valutazioni compiute dal medesimo e non esclude la possibilità di errori.

Diversamente opinando, infatti, verrebbe in radice esclusa la possibilità di contestare per eccesso di potere, nella sua figura sintomatica del travisamento

dei fatti, qualsiasi atto amministrativo, in contrasto con un'ormai secolare giurisprudenza che ha individuato tale vizio della funzione amministrativa pur in presenza della regola della pubblica fede degli atti pubblici; verrebbe altrimenti svuotato di gran parte del suo significato il sindacato che compie il giudice amministrativo sugli atti dei pubblici poteri, a nocimento della tutela che la Costituzione invece esige sia garantita ai cittadini (artt. 24 e 113 Cost.).

Né si può ritenere che, sulla base del disposto di cui al capoverso dell'art. 63 c.p.a., sia possibile richiedere l'ammissione della prova testimoniale, da assumersi ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 257-bis del c.p.c., atteso che tale prova sarebbe completamente superflua; il fatto dello smarrimento è incontestato; l'eventuale presenza del documento nella fase preliminare della gara non incide sull'oggetto del giudizio nel quale viene in evidenza un vizio radicale del procedimento consistente, come già detto dal TAR e ripetuto dalla Sezione nella ricordata ordinanza cautelare d'appello, nell'omessa custodia degli atti che ha comportato il mancato reperimento di un documento essenziale a dimostrare la legittimità della partecipazione del concorrente e, quindi, l'impossibilità per la parte e per il giudice di sindacare (e, quindi, di controllare) l'operato dell'Amministrazione nella fase di ammissione delle offerte.

A nulla rileva il fatto che il momento rilevante di verifica delle offerte coincide con la formale operazione di apertura delle buste dinanzi al seggio di gara, atteso che, nelle procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti pubblici, sussiste necessariamente a carico dell'Amministrazione appaltante, a tutela della par condicio dei concorrenti ed in funzione della salvaguardia del principio di trasparenza della P.A., un obbligo qualificato di custodia il quale deve riguardare, in specifico, documenti essenziali per la partecipazione alla gara ovvero per le valutazioni discrezionali da parte della commissione aggiudicatrice.

Infatti, come la commissione di gara deve predisporre particolari cautele a tutela dell'integrità e della conservazione delle buste contenenti le offerte, di

cui deve farsi menzione nel verbale di gara, e tale tutela deve essere assicurata in astratto e a prescindere dalla mancata dimostrazione della effettiva manomissione dei plichi, né tale illegittimità può essere sanata dalla dichiarazione postuma del presidente e del segretario della commissione sulla conservazione, in cassaforte, della documentazione, così l'Amministrazione deve operare con riguardo alla conservazione della documentazione concernente l'ammissione dei concorrenti alla gara; in presenza di un'inidonea conservazione, dimostrata in astratto, come detto, dal mancato reperimento di un documento essenziale come quello in oggetto, non è più possibile l'effettuazione del controllo del giudice sulla correttezza della valutazione dell'Amministrazione con riguardo a tale documento, rendendo così tutto il procedimento "sospetto", in quanto inadatto a garantire il principio di trasparenza che deve sorreggerlo, e, dunque, radicalmente illegittimo.

Con riferimento al ricorso incidentale di primo grado riproposto dall'appellante Intini con l'atto d'appello, il Collegio non può che rilevare che la dedotta assenza della dichiarazione circa i precedenti penali del vice presidente del consiglio di amministrazione del Consorzio Works non sussiste, atteso che il medesimo è altresì legale rappresentante della ditta Nardoni Lavori, impresa consorziata designata per l'esecuzione dei lavori e che, in tale veste, il medesimo ha reso la dichiarazione in oggetto, dichiarazione che presenta, dunque, effetto assolutamente equivalente.

E' infondata, per il Collegio, anche la seconda censura, concernente la mancata indicazione nella polizza fideiussoria presentata dal Consorzio Works dei poteri o della procura dell'agente assicurativo che ha sottoscritto la stessa, trattandosi di una condizione di legittimità della polizza che il bando non prevedeva (e che, peraltro, dopo l'introduzione del comma 1-bis nel corpo dell'art. 46 del Codice appalti non si deve ritenere neppure più inseribile dalla *lex specialis*); infatti, nel momento in cui sottoscrive la polizza, l'agente assicurativo si qualifica implicitamente ed inequivocabilmente come rappresentante.

Le identiche considerazioni appena svolte comportano il rigetto dell'appello incidentale di Alpin che ripropone le medesime censure sopra esaminate, in relazione al Consorzio Works.

Con riferimento, invece, alla censura dell'appello incidentale di Alpin relativa all'illegittimità della formulazione della proposta del Consorzio appellato che non consentirebbe neppure di comprenderne la rilevanza economica, si deve ritenere che tale censura attenga al merito della valutazione dell'offerta e non costituisca causa di inammissibilità del Consorzio alla gara; con la conseguenza che, dovendosi annullare in radice la gara, come ha correttamente disposto il TAR, rispetto a tale censura l'appellante incidentale è privo di interesse.

Così come è privo di interesse l'appellante incidentale Alpin con riguardo alla censure relative all'ammissione alla gara dell'attuale appellante.

Il rigetto dell'appello comporta anche l'improcedibilità dell'appello incidentale proposto dall'appellato Consorzio Works, con l'unica eccezione del motivo concernente l'esame prioritario, da parte del TAR, della censura relativa al mancato reperimento del documento di cui si è già detto.

Secondo il Collegio poiché tale censura è idonea a travolgere integralmente la gara, enunciando un vizio radicale di illegittimità dell'intera procedura, il TAR ha correttamente ritenuto di esaminarla prioritariamente.

Infatti, poiché il processo amministrativo è teso non soltanto a stabilire quale dei contendenti giudiziari abbia ragione (secondo il modello civilistico), ma anche a verificare il rispetto del principio di legalità da parte dell'Amministrazione, appare evidente che il giudice amministrativo, diversamente dal giudice civile, possa dare rilievo alle censure proposte dalla parte in base ad un ordine diverso da quello indicato dalla parte stessa, proprio al fine di assicurare il rispetto di tale principio.

Diversamente opinando, infatti, non si comprenderebbe per quale ragione debba mantenersi un giudice amministrativo distinto dal giudice civile ed un sistema normativo di rito in parte diverso da quello previsto per il civile.

Pertanto, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto in quanto infondato e gli appelli incidentali devono essere in parte dichiarati improcedibili ed in parte respinti, secondo quanto sopra motivato. Le spese di lite del presente grado di giudizio possono essere compensate sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello principale come in epigrafe proposto, lo respinge.

Respinge in parte e in parte dichiara improcedibili gli appelli incidentali, ai sensi di cui in motivazione.

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/06/2012

IL SEGRETARIO

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

