

Consiglio di Stato, sezione quinta, sentenza n. 5425 del 17 settembre 2018

Esclusione dalla gara – Mancata presentazione della certificazione di qualità – Illegittimità – Soccorso istruttorio

REPUBBLICA ITALIANA
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 2521 del 2014, proposto da
..... S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa
dagli avvocati,, con domicilio eletto presso lo studio in Roma,
v.le

contro

Comune di Latisana, in persona del Sindaco in carica *pro tempore*, rappresentato e
difeso dagli avvocati, con domicilio eletto presso lo studio in Roma,
via

nei confronti

..... S.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Friuli Venezia-Giulia – Trieste, sez. I, n. 660/2013,
resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 giugno 2018 il Cons. Giovanni Grasso
e uditi per le parti gli avvocati

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con atto di appello notificato nei tempi e nelle forme di rito, la società s.r.l., come in atti rappresentata e difesa, esponeva:

a) che con delibera di Giunta n. 122 del 29.06.2009, il Comune di Latisana aveva approvato il progetto esecutivo relativo ai lavori di riconversione dell'area ex caserma Radaelli a centro servizi - lotto A - 1° intervento, dell'importo complessivo di € 370.000,00 di cui € 309.381,11 per lavori a base d'asta;

b) che con determinazione n. 782 del 29.06.2010, a firma del Responsabile Servizio Lavori Pubblici, l'Amministrazione comunale aveva deliberato di procedere all'appalto dei lavori in oggetto mediante procedura negoziata, a seguito di esperimento di gara ufficiosa, ai sensi del comma 2 *ter* dell'articolo 22 L.R. n.14/2002, con il criterio del prezzo più basso ai sensi dell'articolo 17 comma 1 lettera a) dello stesso disposto;

c) che, invitata a partecipare alla gara, aveva fatto pervenire, nel rispetto dei limiti temporali e delle formalità indicata dalla *lex specialis*, la propria offerta alla stazione appaltante;

d) che, all'esito della apertura delle buste contenenti la documentazione richiesta, era stata inopinatamente estromessa in quanto, essendosi avvalsa della facoltà di dimidiazione della cauzione provvisoria, aveva omesso la prescritta allegazione di fotocopia del certificato di qualità UNI EN ISO 9000, venne esclusa ai sensi dell'art. 4 del regolamento;

e) che, procedendo alla apertura delle buste contenenti le offerte economiche, l'Amministrazione aveva, quindi, stilato la graduatoria e deliberato l'aggiudicazione dell'appalto alla società S.r.l. di, che aveva proposto un ribasso del 58,250 %;

f) che, immediatamente dopo l'esclusione, aveva inoltrato alla stazione appaltante – anche per i fini di cui all'art. 243 *bis*, c. 1 e 2, d. lgs 163/06 – copia del certificato di sistema qualità UNI EN ISO 9001:2000 n. 501005201, significando di aver già consegnato lo stesso, in altra occasione, all'Amministrazione il giorno 18.06.2010 e rappresentando, in ogni caso, che l'attestazione SOA n. 9835/04/00 del 29.03.2010, allegata alla domanda di partecipazione alla gara, ne faceva espressa menzione quale elemento indispensabile per il rilascio della medesima attestazione SOA, superiore alla categoria II;

g) che – ribadita dal Comune l'esclusione dalla procedura e la pedissequa aggiudicazione alla controinteressata – aveva impugnato gli atti di gara dinanzi al TAR per il Friuli Venezia Giulia, sul critico assunto che la documentazione versata agli atti di gara fosse di per sé idonea a comprovare l'effettivo possesso della certificazione di qualità aziendale, posto che la mancata allegazione del relativo documento potesse essere supplita, ai fini del versamento della cauzione in misura ridotta, dalla attestazione SOA, che, per legge, ne postulava la sussistenza;

h) che nondimeno, con sentenza n. 660/2013, resa in forma abbreviata, il primo giudice aveva respinto il ricorso, sul formalistico assunto della insurrogabilità della prescritta allegazione, a termini di bando e di regolamento.

2.- Sulle esposte premesse, impugnava la ridetta statuizione, lamentandone la complessiva erroneità ed ingiustizia, ed invocandone l'integrale riforma.

Nella resistenza dell'Amministrazione comunale intimata, alla pubblica udienza del 28 giugno 2018, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa veniva riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello è fondato e merita di essere accolto.

Vale osservare in premessa che l'esaurimento della commessa in contestazione non è idoneo a determinare l'improcedibilità del ricorso, posto che la legittimità degli atti

impugnati può essere vagliata ai soli fini della proposizione di domanda di risarcimento del danno (al qual fine non rileva, come è noto, che la stessa non sia stata proposta contestualmente all'azione impugnatoria, potendo essere formalizzata in successivo ed autonomo giudizio: cfr. art. 30, comma 5 c.p.a.).

2.- Con un primo motivo di gravame, l'appellante lamenta che il primo giudice – nell'argomentare tautologicamente la legittimità dell'esclusione disposta in suo danno fondata sulla non equivoca prescrizione regolamentare impositiva dell'onere di allegazione della certificazione di qualità aziendale, quale necessario requisito per l'esercizio della facoltà di dimidiazione della garanzia – abbia eluso le formalizzate ragioni di doglianza, le quali erano propriamente intese alla contestazione della ridetta prescrizione di gara per contrarietà al principio di leale cooperazione, codificato all'art. 46 del d. lgs.n. 163/2006, applicabile *ratione temporis acti*.

Segnatamente, la scolpita sanzione espulsiva apparirebbe illogica ed abnorme, nella misura in cui non accompagnata dalla possibilità – per l'impresa che, regolarmente in possesso del requisito, ne avesse semplicemente omesso l'allegazione – di dimostrare con altro utile mezzo la sussistenza dello stesso (o – semmai – di procedere, in difetto, quanto meno alla integrazione della cauzione).

3.- Il motivo è palesemente fondato.

Ai sensi degli artt. 40, comma 7 e 75, comma 7 del d.lgs. n. 163/2006, applicabile alla gara oggetto di controversia, la riduzione dell'importo della cauzione a corredo dell'offerta è riconosciuta agli operatori economici in possesso della certificazione di qualità rilasciata da organismi accreditati.

La fruizione del beneficio è normativamente condizionata: a) alla “segnalazione”, da parte del concorrente, all'atto della formalizzazione dell'offerta (la quale è, con ogni evidenza, funzionale a consentire alla stazione appaltante l'accertamento della ricorrenza dei relativi presupposti; b) alla “documentazione” dello stesso “nei modi prescritti dalle norme vigenti”.

Trattandosi di mera “documentazione” del possesso di un requisito, di per sé non idonea ad alterare, in senso anticoncorrenziale, il contenuto delle offerte, l’art. 46, comma 1 d.lgs. cit. impone all’amministrazione (in applicazione del canone della doverosità del soccorso istruttorio) l’obbligo di invitare il concorrente che ne abbia omissa la allegazione (o ne abbia fornito insufficiente attestazione) alla relativa integrazione o, eventualmente, alla presentazione di chiarimenti: il che obbedisce (nella prospettiva generale della integrabilità delle dichiarazioni meramente formali: cfr. art. 6, comma 1, lett. b) l. n. 241/1990) all’esigenza di assicurare la massima partecipazione alle gare d’appalto, evitando che queste ultime possano essere alterate, pregiudicate o condizionate da carenze di ordine meramente formale, suscettibili di regolarizzazione.

È questa la ragione che ha indotto la giurisprudenza ad affermare che, nel caso in cui, come nella specie, il concorrente avesse inteso avvalersi della possibilità di prestare la cauzione in misura ridotta, secondo quanto previsto dall’art. 75, comma 7 citato, la prova del possesso della certificazione ISO mediante produzione documentale può essere fornita anche successivamente (cfr. Cons. di Stato, sez. III, 5 dicembre 2013 n. 5781).

Ne discende che la clausola della *lex specialis* intesa alla comminatoria di esclusione, laddove non accompagnata dalla facoltà di integrazione, regolarizzazione e chiarimento, risulti, per un verso sproporzionata e, per altro verso, contraria al principio di tassatività delle clausole espulsive, codificato all’art. 46, comma 1 *bis* d. lgs. cit.: onde bisognerebbe predicarne la nullità, sia pure *in parte qua*.

Per giunta, nel caso di specie, la conclusione che precede è addirittura avvalorata dal rilievo che, avendo la concorrente allegato all’offerta la propria attestazione di qualità rilasciata dalla SOA (la quale sottende e postula il riconoscimento della sussistenza dei requisiti per il riconoscimento della certificazione di qualità), la stazione appaltante sarebbe stata in ogni caso in condizioni di verificare, se non altro in guisa

inferenziale, la reale sussistenza della certificazione: con il che, a maggior ragione, eventuali incertezze avrebbero, al più, imposto l'attivazione del soccorso istruttorio, senza possibilità di escludere immediatamente l'offerente.

4.- Le esposte considerazioni valgono ad assorbire le ulteriori ragioni di doglianza e sono sufficienti alla riforma della impugnata statuizione, con conseguente accoglimento del ricorso di primo grado.

L'integrale esecuzione del contratto per cui è causa elide, peraltro, l'interesse all'annullamento degli atti impugnati (cfr. art. 34, comma 3 c.p.a.), dei quali allora – perdurando, nei sensi chiariti, l'interesse ai fini risarcitori – va dichiarata l'illegittimità.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo che segue.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, dichiara l'illegittimità dei provvedimenti impugnati. Condanna il Comune di Latisana alla refusione delle spese a favore dell'appellante, che quantifica nella complessiva misura di € 4.500, oltre accessori come per legge. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 giugno 2018

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO