

TAR Lazio, sezione seconda, sentenza n. 9260 dell'8 agosto 2017

Presa visione diretta degli elaborati di progetto nella lex specialis di gara – Illegittima l'esclusione in caso di omissione se la previsione non richiesta a pena di esclusione e non riguarda interessi pubblici

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3896 del 2017, proposto da:
E.CO Appalti S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale
mandataria del costituendo RTI, rappresentata e difesa dagli avvocati, con
domicilio eletto presso lo studio in Roma, via

contro

Roma Capitale, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa
dall'avv., con domicilio eletto presso l'Avvocatura Capitolina in Roma, via
.....;

nei confronti di

Marssia Srl con S.U., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa
dall'avv., con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza

per l'annullamento

- della nota del 23.3.2017, con cui il Municipio VI delle Torri trasmetteva alle imprese partecipanti il verbale di gara del 16.3.2017, comunicando l'avvenuta aggiudicazione nei confronti della Marrsia S.r.l.;
- del verbale della seduta di gara del 16.3.2017 relativo all' "accordo quadro inerente ai lavori di manutenzione ordinaria delle scuole elementari e materne di proprietà

comunale ricadenti nel territorio del municipio Roma VI delle Torri, per la durata di anni uno – CIG 69651374E1”, all'esito della quale la Stazione Appaltante “...ha dichiarato vincitrice l'impresa Marrsia S.r.l.”;

- degli eventuali ulteriori verbali di gara;

- ove occorrer possa, della lettera di invito trasmessa il 22.2.2017, in particolare della disposizione di cui al punto 16.10 nella misura in cui prevede che il concorrente debba allegare nella domanda di partecipazione dichiarazione “...con la quale il concorrente attesta di avere direttamente o con delega a personale dipendente esaminato tutti gli elaborati progettuali” ove la stessa debba intendersi non a pena di esclusione;

- ove occorrer possa, della lettera di invito trasmessa il 22.2.2017, in particolare della disposizione di cui all'art. 9 nella misura in cui prevede che “Il concorrente deve indicare all'atto dell'offerta i lavori o le parti di opere che intende subappaltare” ove la stessa debba intendersi nel senso di non dover escludere le offerte che abbiano omissso di indicare specificamente la tipologia e la percentuale dei lavori che si intendono subappaltare;

- di ogni altro atto e provvedimento presupposto, conseguente e/o comunque connesso, ancorché non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Roma Capitale e di Marrsia Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2017 il dott. Roberto Caponigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Il Comune di Roma Capitale ha indetto una procedura negoziata senza pubblicazione di bando ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 per l'accordo quadro inerente ai lavori di manutenzione ordinaria delle scuole elementari e materne di proprietà comunale ricadenti nel territorio del municipio Roma VI delle Torri per la durata di anni uno dalla sottoscrizione del contratto, per un importo complessivo pari ad euro 921.200,00.

Alla gara, il cui criterio di aggiudicazione è il prezzo più basso, hanno partecipato il costituendo RTI ricorrente e la controinteressata Marrsia.

La Commissione di gara ha dichiarato vincitrice l'impresa Marrsia, che ha offerto un ribasso del 29,697%, mentre il costituendo RTI ricorrente si è classificato secondo, avendo offerto un ribasso del 29,50%.

La stazione appaltante, in data 23 marzo 2017, ha comunicato l'aggiudicazione in favore della Marrsia, sicché il costituendo RTI E.Co Appalti ha proposto il presente ricorso, articolato nei seguenti motivi:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 79, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 16 della lettera di invito recante "contenuto della busta "A – Documentazione amministrativa". Documento gara unico europeo (DGUE) e nello specifico del punto 16.10. Eccesso di potere. Difetto di istruttoria.

L'impresa Marrsia avrebbe dovuto essere esclusa per non avere presentato la dichiarazione, prevista dalla lettera di invito, attestante l'aver esaminato direttamente tutti gli elaborati progettuali.

L'esame degli elaborati progettuali consisterebbe in un adempimento da porsi necessariamente a carico del concorrente in quanto assicurerebbe la stazione appaltante del fatto che, in sede di elaborazione dell'offerta, quest'ultimo abbia avuto piena contezza delle condizioni di esecuzione dell'appalto.

Un'offerta, come quella della controinteressata, priva della dichiarazione attestante la completa cognizione della documentazione progettuale denoterebbe una totale assenza di serietà e affidabilità.

In definitiva, trattandosi di un elemento sostanziale ed essenziale dell'offerta, la detta carenza non integrerebbe una mera incompletezza o irregolarità documentale, bensì un vizio della documentazione amministrativa, per il quale non si potrebbe consentire un'integrazione documentale postuma senza che sia violata la par condicio dei concorrenti.

Violazione e falsa applicazione dell'Allegato A del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207. Violazione dell'art. 1.3 della lettera di invito. Violazione di tutta la documentazione posta a base di gara. Eccesso di potere. Difetto di istruttoria.

La controinteressata ha indicato di voler subappaltare, tra l'altro, l'attività di "bonifica ambientale", attività diversa da quelle previste nel capitolato prestazionale, che non rientrerebbe nella categoria OG1, ma appartenerrebbe alla categoria OG5 e ciò sarebbe sintomatico della superficialità dell'offerta presentata.

Violazione e falsa rappresentazione dell'art. 105, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 in combinato disposto con l'art. 9 della lettera di invito. Eccesso di potere. Difetto di istruttoria.

L'indicazione delle prestazioni che si intendono subappaltare sarebbe condizione determinante dell'autorizzazione al subappalto in quanto persegue la finalità di assicurare alla stazione appaltante una maggiore affidabilità dell'offerta.

L'impresa aggiudicataria, invece, avrebbe indicato una serie di attività generiche, che non trovano riscontro nella documentazione di gara e non avrebbe dichiarato la quota percentuale di lavori da subappaltare nella categoria OG1.

Tutte le lavorazioni indicate dalla dalla Marrsia nella dichiarazione di subappalto supererebbero il limite del 30% previsto dall'art. 105 d.lgs. n. 50 del 2016.

La stazione appaltante e la controinteressata hanno contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del ricorso.

Sono state depositate altre memorie difensive in vista dell'udienza di trattazione del merito della controversie.

All'udienza pubblica del 12 luglio 2017, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è infondato e va di conseguenza respinto.
2. Con il primo motivo di impugnativa, la ricorrente ha dedotto che l'impresa Marrsia avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non avere presentato la dichiarazione, prevista dalla lettera di invito, attestante l'aver esaminato direttamente tutti gli elaborati progettuali.

La tesi non può essere condivisa.

Il Collegio rileva, in via preliminare, che le due “anime” della normativa sostanziale sull'evidenza pubblica in materia di scelta del contraente – vale a dire la tutela della concorrenza tra le imprese ed al buon uso del denaro della collettività - possono e devono, per quanto possibile, essere perseguite contemporaneamente.

Il principio del favor partecipazione, in linea di massima, è funzionale al perseguimento di entrambe le finalità.

Nondimeno, detto principio può entrare in collisione con l'altrettanto fondamentale principio della par condicio, con cui viene garantito il rigoroso rispetto delle regole di gara a tutela di ogni concorrente, con la precisazione però che l'esclusione dalla gara per inosservanza delle previsioni della *lex specialis* può essere disposta solo ove tali previsioni siano poste a tutela di un interesse pubblico effettivo e rilevante, sicché, nell'ottica di favorire la realizzazione delle finalità sottese alla normativa in materia, è in atto un processo di dequotazione delle carenze formali che precludono l'accesso alla gara, di cui sono testimoni, a livello di sistema, l'introduzione del principio di tassatività delle fonti delle cause di esclusione e l'ampliamento del c.d. soccorso istruttorio .

L'evoluzione del sistema, quindi, è nel senso di rendere possibile la partecipazione alla gara a tutte le imprese che, a prescindere da profili solo formali e non lesivi del pubblico interesse, siano in possesso dei requisiti richiesti per concorrere.

Nella fattispecie in esame, non ricorre l'ipotesi di cui all'art. 79, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, di offerte che possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo consultazione sul posto dei documenti di gara e relativi allegati.

Il punto 10 della lettera di invito indica il contenuto della busta A "documentazione amministrativa", documento gara unico europeo, disponendo che in tale busta devono essere contenuti determinati documenti, tra cui, al punto 16.10, è indicata la dichiarazione sostitutiva resa ai sensi degli artt. 46 e 47 d.P.R. n. 445 del 2000, con la quale il concorrente attesta di avere direttamente o con delega a personale dipendente esaminato tutti gli elaborati progettuali.

La dichiarazione in discorso non è contenuta nella documentazione amministrativa fornita dalla Marrsia, per cui occorre verificare se la stessa, quale elemento essenziale dell'offerta, dovesse essere resa dal concorrente a pena di esclusione.

Il Collegio ritiene che tale omissione non determini l'obbligo per la stazione appaltante di escludere dalla gara il concorrente.

In primo luogo, mentre la lettera di invito, al punto 16, ha espressamente richiesto taluni documenti "a pena di esclusione", la dichiarazione sostitutiva in questione non è stata richiesta dalla lex specialis a pena di esclusione; tale circostanza, già di per sé sola sarebbe sufficiente ad escludere l'illegittimità dell'azione della stazione appaltante che ha consentito la partecipazione alla gara della Marrsia.

A ciò si aggiunga che l'oggetto dell'appalto è costituito dalla manutenzione ordinaria delle scuole elementari e materne di proprietà comunale ricadenti nel territorio del Municipio Roma VI delle Torri, sicché si tratta di un appalto avente un oggetto non particolarmente complesso, in cui l'esame degli elaborati progettuali non possono

ragionevolmente costituire elemento essenziale dell'offerta, tanto che il criterio di aggiudicazione prescelto è stato quello del criterio del prezzo più basso - vale a dire il criterio in cui assume rilievo la sola componente prezzo, mentre non assumono alcun rilievo gli elementi di carattere qualitativo – il quale postula, quindi, un oggetto del contratto connotato da ordinarietà e caratterizzato da elevata standardizzazione in relazione alla diffusa presenza sul mercato di operatori in grado di offrire in condizioni analoghe il prodotto o il servizio richiesto (cfr. art. 95, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016).

3. La doglianza contenuta nel secondo motivo di ricorso - secondo cui la controinteressata ha indicato di voler subappaltare, tra l'altro, l'attività di "bonifica ambientale", attività diversa da quelle previste nel capitolato prestazionale, che non rientrerebbe nella categoria OG1, ma appartenerrebbe alla categoria OG5 e ciò sarebbe sintomatico della superficialità dell'offerta presentata - non assume rilievo ai fini della definizione del presente giudizio in quanto, ove l'attività di "bonifica ambientale" non fosse prevista tra le prestazioni da eseguire, la relativa indicazione dovrebbe essere considerata tamquam non esset, ma non è certo indicativa di una formulazione dell'offerta tale da imporre o giustificare l'esclusione dalla procedura.

4. Con la terza censura, la E.CO Appalti ha sostenuto che l'indicazione delle prestazioni che si intendono subappaltare sarebbe condizione determinante dell'autorizzazione al subappalto in quanto persegue la finalità di assicurare alla stazione appaltante una maggiore affidabilità dell'offerta, mentre l'impresa aggiudicataria avrebbe indicato una serie di attività generiche, che non trovano riscontro nella documentazione di gara, e non avrebbe dichiarato la quota percentuale di lavori da subappaltare nella categoria OG1.

Tutte le lavorazioni indicate dalla Marrsia nella dichiarazione di subappalto, inoltre, supererebbero il limite del 30% previsto dall'art. 105 d.lgs. n. 50 del 2016.

La prospettazione non è persuasiva.

La Marrsia, nell'allegato alla propria istanza di partecipazione, ha dichiarato, in caso di subappalto, di voler subappaltare i seguenti lavori o servizi entro la misura massima di cui all'art. 105 d.lgs. 50/2016 e precisamente: 1) bonifica ambientale; 2) opere edili di rifinitura; 3) noli e opere provvisionali; 4) impianti tecnologici; 5) opere da pittore; 6) opere murarie.

La controinteressata, quindi, ha dichiarato che, solo ove intenda procedere al subappalto, subappalterà le descritte attività nei limiti di cui all'art. 105 del d.lgs. n. 50 del 2016 e tale dichiarazione è coerente con quanto previsto al punto 9.1 della lettere di invito.

La dichiarazione di subappalto, infatti, può essere limitata alla mera indicazione della volontà di avvalersene nelle ipotesi in cui il concorrente sia a propria volta in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle prestazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, non la via necessitata per partecipare alla gara.

Il subappalto, inoltre, è soggetto ad autorizzazione e l'eventuale superamento della percentuale ammessa non sarebbe autorizzabile nella fase esecutiva del rapporto, per cui eventuali violazioni dei limiti del subappalto consentito possono valere nella successiva fase di esecuzione, mentre la eventuale incompletezza delle indicazioni e dei documenti concernenti la identità e la qualificazione dei subappaltatori indicati in sede di offerta preclude la possibilità di esercitare la facoltà di subappalto, ma non determina la esclusione dell'offerente che partecipa alla procedura, ove non venga in rilievo il diverso profilo del difetto di qualificazione di quest'ultimo in relazione alle prestazioni interessate dal subappalto (cfr. Cons. Stato, IV, 12 giugno 2009, n. 3696).

L'eventuale superamento delle percentuali di subappalto, in conclusione, non potrebbe comunque comportare l'esclusione del concorrente dalla gara, potendo al più comportare l'esclusione del subappalto in caso di aggiudicazione.

5. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e, liquidate complessivamente in euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge, sono poste a carico della ricorrente ed a favore, in parti uguali, di Roma Capitale e della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda, respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, liquidate complessivamente in euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge, a favore, in parti uguali, di Roma Capitale e della controinteressata.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

Roberto Proietti, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberto Caponigro

IL PRESIDENTE
Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO

#