

Tar Puglia, sezione Lecce, 26/01/2007 n. 178

Esclusione dalla gara – Incompatibilità della legge regionale con quella nazionale (art. 122 D.lgs. 163/06) – Prevalenza della legge nazionale in forza del principio di competenza e del principio della successione delle leggi nel tempo

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Seconda Sezione di Lecce
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

A) sul ricorso n. 1887/2006, proposto da, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv., con domicilio eletto presso lo studio dello stesso, in Lecce,,

contro

COMUNE di, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv., con domicilio eletto presso lo studio del medesimo, in Lecce, Via,

e nei confronti di

ditta, in persona dell'omonimo titolare e legale rappresentante, e ditta, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentate e difese dagli avv., con domicilio eletto presso lo studio dell'avv., in Lecce,,

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione,

- del verbale 12.10.2006, con cui il Presidente del seggio della gara d'appalto per l'affidamento dei lavori per il recupero dei basolati e per la riqualificazione ambientale dei principali percorsi viari del centro storico della città di, dopo che la ricorrente era risultata aggiudicataria provvisoria della stessa ha invece disposto, in pretesa applicazione dell'art. 17-bis della L.R. n. 13/2001, l'esclusione dalla procedura di 11 partecipanti, tra cui la ricorrente medesima, ed ha conseguentemente aggiudicato provvisoriamente i lavori appaltati all'a.t.i. – S.r.l.;
- della presupposta nota del 5.10.2006, prot. n. 38648, del Dirigente del Settore LL.PP. del Comune di, con cui lo stesso ha comunicato alla ricorrente la necessità di provvedere ad una nuova seduta di gara al fine di verificare il rispetto da parte delle offerenti del disposto di cui al predetto art. 17-bis, L.R. n. 13/2001;
- della determinazione 8.11.2006, n. 1498, con cui il Dirigente del Settore Lavori Pubblici del Comune di ha approvato l'attività espletata in sede tecnica ed ha definitivamente aggiudicato l'appalto all'a.t.i. S.r.l.;
- di ogni altro atto presupposto, collegato, connesso e/o consequenziale tra cui, e solo dove occorra, gli atti indittivi della gara d'appalto;

e per la declaratoria

di caducazione/annullamento/nullità/inefficacia dell'eventuale contratto *medio tempore* stipulato con l'a.t.i. controinteressata;

B) sul ricorso incidentale proposto dall'a.t.i. S.r.l., rappresentata e difesa come sopra,

contro

Comune di, rappresentato e difeso come sopra,

e nei confronti di

....., rappresentato e difeso come sopra,

per l'annullamento

dei medesimi atti impugnati con il ricorso principale, nella parte in cui la ricorrente non è stata esclusa per violazione delle norme in materia di autocertificazione (DPR n. 445/2000).

Visto il ricorso con i relativi allegati e tutti gli atti di causa;

Vista la domanda cautelare proposta unitamente al ricorso;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune intimato e dell'ATI controinteressata;

Visto il ricorso incidentale;

Visto il decreto presidenziale 3.1.2007, n. 3, con cui è stata accolta la domanda di concessione di un provvedimento cautelare *inaudita altera parte*;

Uditi nella camera di consiglio del 17 gennaio 2007 il relatore, Ref. e, per le parti, gli avv.

Considerato che nel ricorso sono dedotti i seguenti motivi:

- Eccesso di potere. Violazione del principio del *clare loqui*. Violazione del principio del *favor participationis*. Falsità dei presupposti. Ingiustizia manifesta;
- Eccesso di potere per erroneità dei presupposti;
- Eccesso di potere sotto altro profilo.

Considerato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

Il Consorzio ricorrente aveva preso parte alla gara indetta dal Comune di per l'affidamento dei lavori di recupero e riqualificazione di alcune vie del centro storico (importo a base d'asta €2 milioni circa), risultando aggiudicatario provvisorio.

Successivamente, però, l'Amministrazione comunicava al che, in sede di gara, non si era tenuto conto del disposto di cui all'art. 17-*bis* della L.R. pugliese n. 13/2001 (recante "*Norme regionali in materia di opere e lavori pubblici*"), il quale prescrive che "*Nell'affidamento di lavori,*

finanziati anche parzialmente dalla Regione, di importo inferiore a euro 5 milioni per i quali si proceda con il sistema dell'aggiudicazione al prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari come disciplinato dall'articolo 90 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici L. 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni), ove il ribasso ecceda il quinto dell'importo a base di gara, le ditte concorrenti corredano la propria offerta economica con le giustificazioni sugli elementi costitutivi della stessa in relazione a ciascun prezzo unitario inferiore di oltre un quinto a quello di progetto, nonché con la relativa analisi economica. Le giustificazioni possono riguardare esclusivamente:

a) le soluzioni tecniche adottate;

b) le documentate condizioni eccezionalmente favorevoli di cui la ditta dispone per eseguire i lavori.

La mancata produzione, anche parziale, delle giustificazioni e dell'analisi economica comporta l'esclusione dell'offerta anticipatamente all'applicazione del meccanismo di esclusione automatica di cui al comma 1-bis, ultima parte, dell'articolo 21 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (Legge quadro in materia di lavori pubblici). È obbligo della stazione appaltante procedere in contraddittorio con la ditta aggiudicataria alla verifica del merito delle giustificazioni prodotte.

2. Per i lavori d'importo inferiore a euro 1 milione 250 mila non opera l'obbligo delle giustificazioni per le offerte il cui ribasso ecceda il quinto dell'importo a base d'asta”.

Pertanto, riconvocato il seggio di gara, il Comune procedeva alla verifica del rispetto di tale prescrizione e, constatato che 11 partecipanti (fra cui la ricorrente) su 14 non avevano allegato all'offerta le giustificazioni, provvedeva ad escludere le predette ditte (fra cui la ricorrente) e ad aggiudicare l'appalto all'a.t.i. odierna controinteressata.

Valori contesta l'operato del Comune, chiedendo l'annullamento degli atti impugnati e la declaratoria di nullità/annullamento/inefficacia/caducazione del contratto *medio tempore* stipulato;

- il bando di gara non menzionava espressamente l'applicabilità del prefato art. 17-bis, limitandosi a richiamare l'art. 122 del cd. Codice degli appalti (D.Lgs. n. 163/2006), il quale non prevede l'obbligo per le imprese di allegare all'offerta le giustificazioni dei prezzi praticati;
- se anche si volesse ritenere che la norma regionale integri il bando, ugualmente essa non sarebbe applicabile, in quanto nel caso di specie l'intervento oggetto dell'appalto non è stato finanziato dalla Regione con fondi propri, bensì dal CIPE;
- laddove si volesse prescindere da tali eccezioni, l'art. 17-bis è incostituzionale per contrasto con l'art. 117, let. e) Cost., in quanto contiene disposizioni che incidono sul diritto di partecipazione delle imprese agli appalti pubblici e quindi invade la sub-materia della “tutela della concorrenza”, di esclusiva pertinenza statale (per cui si chiede la rimessione della questione alla Consulta);
- in via subordinata, la clausola del bando in cui erano stabilite le norme di riferimento della presente gara è perplessa, non essendo chiaramente indicata la presenza delle condizioni per l'applicabilità dell'art. 17-bis (per cui si chiede l'annullamento dell'intera procedura, in quanto la maggior parte delle ditte accorrenti è stata tratta in inganno al momento della redazione dell'offerta).

Si sono costituiti sia l'Amministrazione intimata che l'a.t.i. controinteressata, la quale ha altresì proposto ricorso incidentale, denunciando il fatto che il Consorzio ricorrente non è stato escluso nonostante abbia violato le norme in materia di autenticazione delle autocertificazioni, ed in particolare quelle desumibili dal combinato disposto fra gli artt. 21 e 38 del DPR n. 445/2000. Poiché le predette norme stabiliscono che le firme apposte in calce alle dichiarazioni sostitutive di certificazioni sono autenticate mediante allegazione di copia, anche non autentica, di un valido documento di identità, ciò significa che l'Amministrazione in tanto può imputare la dichiarazione al soggetto che risulta averla sottoscritta, in quanto la firma apposta sulla dichiarazione sia uguale (o comunque sostanzialmente simile) a quella apposta sul documento di identità. Nel caso di specie, è accaduto che la firma del soggetto che ha sottoscritto i documenti di gara per conto dell'impresa consorziata che partecipa alla gara per conto del Consorzio (sig., amministratore unico della S.r.l.) è completamente diversa da quella apposta sul documento di identità del medesimo sig. (documento ritualmente allegato in copia a tutte le autocertificazioni).

Ciò detto in punto di fatto, il Collegio ritiene di dover accogliere il ricorso, per le ragioni che di seguito si espongono, il che impone l'esame preliminare del ricorso incidentale.

Le doglianze articolate dall'a.t.i. controinteressata sono però infondate, in quanto:

- nel sistema di cui al T.U. n. 445/2000 (il quale ha peraltro raccolto disposizioni già contenute in precedenti testi di legge, fra cui la L. n. 127/1997) non è desumibile per la P.A. l'assolvimento dell'onere procedurale di cui si discetta nel ricorso incidentale (per il quale le Amministrazioni pubbliche non sono peraltro attrezzate sufficientemente, essendo necessario disporre di periti calligrafi per poter dichiarare, senza tema di smentita, che una certa firma è falsa), essendo previsto solamente (ma si tratta in realtà di un potere/dovere delle pubbliche amministrazioni) un controllo sul contenuto delle autocertificazioni. Il controllo consente ovviamente sia di accertare che il soggetto sottoscrittore è lo stesso a cui deve essere imputata la dichiarazione, sia il contenuto della dichiarazione stessa. In realtà, l'onere di allegare alla dichiarazione una copia del documento di identità è solo uno dei possibili strumenti che il Legislatore avrebbe potuto prescrivere ai fini dell'autenticazione delle firme apposte in calce alle autocertificazioni;
- inoltre, quand'anche si possa ritenere sussistente il pericolo che un soggetto si appropri indebitamente del documento di identità di un altro soggetto, ne estragga copia e poi utilizzi tale documento per autenticare una dichiarazione sostitutiva riferita al titolare del documento, a tale pericolo si può ovviare appunto tramite il controllo dell'autocertificazione. Nelle gare d'appalto, poi, appare abbastanza singolare che un soggetto presenti indebitamente un'offerta per conto di un altro soggetto, non avendo alcun interesse a ciò (anche perché tale artificio, nel caso in cui la falsa offerta risulti aggiudicataria, sarebbe comunque scoperto dalla stazione appaltante al momento della stipula del contratto e il responsabile sarebbe chiamato a rispondere in sede civile e penale);
- nel caso di specie, laddove il sig. non risultasse aver sottoscritto l'offerta per conto della società che ha partecipato alla gara per conto del Consorzio ricorrente, la stazione appaltante sarà in condizione di verificare tale circostanza in sede di richiesta della documentazione necessaria per la stipula del contratto e di agire di conseguenza.

Pertanto, il ricorso incidentale va rigettato.

Il ricorso principale, come detto, è invece da accogliere.

Al riguardo, si osserva che:

- non è rilevante ai fini della decisione stabilire se i lavori oggetto del presente appalto siano o meno (ed eventualmente in che misura) finanziati dalla Regione Puglia, non essendo comunque applicabile l'art. 17-bis della L.R. n. 13/2001. Tale norma, infatti, deve essere ritenuta implicitamente abrogata per incompatibilità dal cd. Codice degli appalti pubblici (D.Lgs. n. 163/2006);
- va anzitutto rilevato che il bando di gara faceva espresso riferimento, per quanto concerne l'esclusione delle offerte anomale, all'art. 122, comma 9, del D.Lgs. n. 163/2006, il quale recita testualmente *“Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 86; in tal caso non si applica l'articolo 86, comma 5. Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a cinque; in tal caso si applica l'articolo 86, comma 3”*; a sua volta, l'art. 86, comma 5, del Decreto prevede che *“Le offerte sono corredate, sin dalla presentazione, delle giustificazioni di cui all'articolo 87, comma 2 relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara. Il bando o la lettera di invito precisano le modalità di presentazione delle giustificazioni. Ove l'esame delle giustificazioni richieste e prodotte non sia sufficiente ad escludere l'incongruità dell'offerta, la stazione appaltante richiede all'offerente di integrare i documenti giustificativi procedendo ai sensi degli articoli 87 e 88. All'esclusione potrà provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio”*;
- come si può agevolmente constatare (ed in disparte il fatto che il bando della presente gara non indicava le modalità di presentazione delle giustificazioni, per cui il ricorso sarebbe comunque da accogliere nella parte in cui si censura la perplessità e l'oscurità delle clausole della *lex specialis*, formulate in modo tale da trarre in inganno i concorrenti circa l'obbligo di osservare il precetto di cui all'art. 17-bis), la disciplina di cui all'art. 122, comma 9, è totalmente incompatibile con quella dell'art. 17-bis, visto che laddove la stazione appaltante preveda nel bando l'esclusione automatica delle offerte anomale (come è accaduto nel caso di specie) i concorrenti non debbono presentare le giustificazioni unitamente all'offerta (il che è del tutto logico, non avendo alcuna utilità l'allegazione delle giustificazioni nel caso in cui l'offerta anomala è automaticamente esclusa). Ed avendo il Comune di richiamato espressamente la disciplina dettata dal Codice degli appalti, tale richiamo non poteva essere parziale, proprio in ragione della previsione diametralmente opposta prevista dalla legge statale rispetto a quella regionale a proposito dei casi in cui è richiesta la previa allegazione delle giustificazioni;
- pertanto, il Tribunale ritiene che l'art. 17-bis sia stato implicitamente abrogato per incompatibilità dal D.Lgs. n. 163/2006, in quanto:
 - il Codice degli appalti contiene disposizioni inderogabili da parte delle Regioni per quanto concerne le materie di cui all'art. 4, comma 3 (*“Le regioni, nel rispetto dell'articolo 117, comma secondo, della Costituzione, non possono prevedere una disciplina diversa da quella del presente codice in relazione: alla qualificazione e selezione dei concorrenti; alle procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa; ai criteri di aggiudicazione ...”*). Tali disposizioni vanno considerate di esclusiva pertinenza statale in ragione di quanto disposto dall'art. 117, comma 2, let. e), Cost., trattandosi di prescrizioni inerenti la tutela della concorrenza;
 - in effetti, le norme in materia di partecipazione alle gare ad evidenza pubblica e di selezione dei concorrenti pertengono alla tutela della concorrenza, essendo possibile introdurre ulteriori limitazioni al diritto di

libera iniziativa economica solo in sede di singole gare e sempre che ciò sia giustificato dall'oggetto dell'appalto. A riprova di quanto appena detto, è sufficiente richiamare la recentissima sentenza della Corte Costituzionale 22.12.2006, n. 440 (con la quale è stata dichiarato incostituzionale l'art. 25 della l. r. Valle d'Aosta n. 19 del 2005 nella parte in cui stabilisce che, nell'affidamento di LL.PP. di interesse regionale mediante procedura ristretta, qualora, per gli appalti di valore pari o inferiore alla soglia di 1.200.000 euro, i candidati qualificati siano in numero superiore a quello previsto dal bando, fra i criteri ai quali l'amministrazione appaltante deve attenersi per operare la selezione di ingresso dei due terzi dei candidati alla licitazione, vi è quello della migliore idoneità di localizzazione), in cui la Consulta ha ribadito, anche se in relazione ad un profilo specifico (ossia, l'illegittimità della previsione di un criterio di selezione delle imprese basato sulla localizzazione delle stesse) diverso da quello oggetto del presente giudizio, che le Regioni non possono disciplinare in maniera contrastante con legislazione statale la fase di ammissione, selezione ed esclusione dei concorrenti nelle gare ad evidenza pubblica;

- l'onere di preventiva allegazione delle giustificazioni dei prezzi offerti in sede di gara costituisce un onere aggiuntivo per i partecipanti alle gare d'appalto, per cui la relativa disciplina, similmente a ciò che accade per tutte le altre cause di esclusione o per i requisiti di ordine generale, non può che essere di rango statale;
- pertanto, poiché l'art. 17-*bis* della L.R. n. 13/2001 detta una disciplina del tutto opposta a quella statale, si deve ritenere la norma *de qua* implicitamente abrogata, in forza del principio in tema di successione di leggi nel tempo secondo cui la legge posteriore abroga quella previgente, anche implicitamente, combinato con il principio di competenza (che nel caso di specie opera in favore della legge statale).

Pertanto, il ricorso va accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

A tale pronuncia consegue la declaratoria di caducazione del contratto stipulato *medio tempore*, secondo quanto stabilisce l'art. 246, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006.

Conclusivamente, va accolto il ricorso principale e va rigettato il ricorso incidentale.

Sussistono tuttavia giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio fra le parti.

Sentiti i difensori delle parti costituite in ordine alla possibilità di definire nel merito il presente giudizio con sentenza in forma semplificata, ai sensi degli artt. 3 e 9 della L. 21.7.2000, n. 205.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – Seconda Sezione di Lecce – accoglie il ricorso principale e respinge il ricorso incidentale.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Lecce, in camera di consiglio, il 17 gennaio 2007 e il 18 gennaio 2007.

Pubblicata il 26 gennaio 2007