

Pubblicato il 21/02/2017

N. 00773/2017REG.PROV.COLL.
N. 04248/2012 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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

*sul ricorso numero di registro generale 4248 del 2012, proposto da:
Università degli Studi di Roma La Sapienza, in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale
dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;*

contro

*Soc. Sac Società Appalti Costruzioni s.p.a., in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Patrizio Leozappa
C.F. LZPPRZ69S08G187K, con domicilio eletto presso il suo studio in
Roma, via Giovanni Antonelli, 15;*

Soc. Italiana Costruzioni S.p.A. non costituita in giudizio;

per la riforma

*della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III n. 04384/2012,
resa tra le parti, concernente progettazione esecutiva e riqualificazione
funzionale ristrutturazione e adeguamento normativo dell'ex Centro
Meccanografico Poste a S. Lorenzo.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Soc. Sac Società Appalti Costruzioni Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 gennaio 2017 il Cons. Oreste Mario Caputo e uditi per le parti gli avvocati Paolo Marchini dell'Avvocatura Generale dello Stato e Giuseppe Mario Militerni in delega dell'avv. Patrizio Leozappa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La costituenda ATI fra Sac Società Appalti Costruzioni s.p.a e Italiana Costruzioni s.p.a. ha impugnato il provvedimento d'esclusione dalla procedura aperta per la progettazione esecutiva e riqualificazione funzionale, ristrutturazione e adeguamento normativo dell'ex "Centro Meccanografico Poste a S. Lorenzo".

Lamentava in ricorso che l'esclusione – comminata dall'Università degli Studi di Roma La Sapienza per la mancata indicazione delle quote di partecipazione ai lavori in quanto risultavano "...dichiarate quote di partecipazione che, cumulativamente, non conseguono il 100%" – non teneva conto del fatto che la parziale omissione dichiarativa delle quote era dovuta ad un errore d'aggiornamento della precedente indicazione delle quote relative ad un diverso assetto dell'ATI come originariamente programmato, rispetto a quella poi definitivamente scelto.

Deduceva nei motivi d'impugnazione la plurima e concorrente violazione e/o erronea applicazione degli artt. dell'art. 37 e dell'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006, nonché degli artt. 24 e 97 Cost; eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche, ed in particolare per errore nei presupposti, travisamento dei fatti, contraddittorietà ed illogicità della motivazione, sviamento di potere.

In presenza della dichiarazione delle quote, il discostamento della percentuale del 100%, lungi da potersi ascrivere ad un'omissione dichiarativa sanzionabile con l'esclusione dalla gara dell'offerente, integrava piuttosto, secondo la compagine ricorrente, gli estremi dell'errore emendabile con il soccorso istruttorio, immotivatamente non esercitato dalla stazione appaltante.

2. Si costituiva il giudizio l'Università degli Studi di Roma La Sapienza instando per la reiezione del ricorso.

3. Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. ter, accoglieva il gravame.

Ai fini dell'applicazione dell'art. 37, commi 4 e 13, d.lgs. 163/06, i giudici di prime cure valorizzavano l'aspetto sostanziale a mente del quale rileva la circostanza per la quale nessuna impresa partecipante in ATI possa eseguire lavori diversi da quelli per cui è qualificata: il fatto che entrambe le imprese in ATI fossero qualificate anche per il 100% dei lavori da eseguire scongiurava tale rischio.

Sicché, concludevano i giudici di prime cure, a fronte di una illogica indicazione di ripartizione quote che non raggiungeva il 100% da parte di un ATI fra imprese singolarmente e integralmente qualificate, la stazione appaltante, prima di procedere all'esclusione, avrebbe dovuto ricorrere al potere di chiedere chiarimenti ex art. 46, comma 1, d.lgs. n. 163/06, anche al fine del rispetto del principio di massima partecipazione alle pubbliche gare.

4. Appella la sentenza l'Università degli Studi di Roma La Sapienza (d'ora in poi Università). Resiste Sac Società Appalti Costruzioni s.p.a.

5. Alla pubblica udienza del 19.01.2017 la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.

6. Con unico motivo, l'Università denuncia l'errore di giudizio in cui sarebbe incorso il Tar nell'interpretare l'art. 37, commi 4 e 13, d.lgs. 163/06 che, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale richiamato in memoria, contrariamente a quanto ritenuto nella sentenza appellata, non

opererebbe alcuna distinzione in ordine alle doverose indicazioni delle quote percentuali di partecipazione in diretta connessione alle prestazioni da eseguirsi nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento.

L'offerta come formulata, denuncia ancora l'Università, sarebbe affetta da radicale nullità per indeterminatezza del soggetto che esegue le prestazioni contrattuali sì da non consentire la sanatoria ex post né l'esercizio del soccorso istruttorio.

7. Il motivo d'appello è fondato.

7.1 L'indicazione delle quote di partecipazione che cumulativamente non raggiungono il 100% viola l'art. 37, commi 4 e 13, d.lgs n. 163/06 a mente del quale: "Nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati.... I concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento."

Contrariamente a quanto supposto dall'ATI ricorrente, e in parte avallato dal Tar, la norma non opera alcuna distinguo fra indicazione incompleta e mancata indicazione delle quote.

Viceversa la corretta indicazione delle quote – al pari della mancata indicazione – obbedisce ad un'esigenza sostanziale: la stazione appaltante deve preventivamente conoscere la (quota)-parte dei lavori da eseguirsi da ciascuna impresa "associanda". Esigenza necessaria ed assicurata dalla corrispondenza biunivoca tra quota di qualificazione e quota di partecipazione all'a.t.i. e tra quota di partecipazione e quota di esecuzione (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. III, 11.maggio 2011, n. 2804; Id, sez. V, 18 agosto 2009 n. 5098; Id, sez. V, 14 gennaio 2009 n. 9).

L'erronea indicazione di quote solo sul piano del fatto – dell'accadimento storico – diverge dalla mancata indicazione di esse. Sul piano giuridico, in ragione della medesima ratio sostanziale sottesa all'onere, la conseguenza è

però la stessa: la nullità dell'offerta per indeterminatezza dei soggetti che assumono le obbligazioni relative all'esecuzione delle prestazioni dedotte nel contratto d'appalto.

7.2 Va da sé che l'incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta preclude l'esercizio del potere di soccorso istruttorio di cui all'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163/06.

Lungi da operare una mera rettifica, nel caso in esame, il soccorso istruttorio si tradurrebbe nell'integrazione postuma di uno degli elementi costitutivi dell'offerta in palese violazione della par condicio concorrenti (cfr., Cons. Stato, sez. III, 1 marzo 2012, n. 493; Id., sez. V., 8 febbraio 2011 n. 846).

È appena il caso d'aggiungere che l'attinta conclusione trova significativo avallo di diritto positivo nel nuovo codice dei contratti di cui al d.lgs. n. 50/2016 laddove, pur estendendo rispetto al precedente codice i confini applicativi del soccorso istruttorio, lo esclude (cfr. art. 80 ss.) in radice nei casi – come quello in esame – d'incertezza soggettiva dell'offerta.

8. Conclusivamente l'appello deve essere accolto.

9. La peculiarità della vicenda dedotta in giudizio giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

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

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere, Estensore

Dario Simeoli, Consigliere

L'ESTENSORE
Oreste Mario Caputo

IL PRESIDENTE
Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO