

N. 01360/2014 REG.PROV.COLL.

N. 01165/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1165 del 2014, proposto da:

Prisma Societa' Cooperativa Sociale Consortile, rappresentata e difesa dagli avv. Gianluca Ghirigatto, Nicola Zampieri, con domicilio eletto presso l'avv. Enrico Tonolo in Venezia, San Polo, 135;

contro

Soraris Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Antonio Sartori, Giacinto Tommasini, con domicilio eletto presso il primo in Venezia-Mestre, Calle del Sale, 33;

nei confronti di

La Sorgente Cooperativa Impresa Sociale Onlus, rappresentata e difesa dagli avv.ti Fabrizio Paviotti e Roberto Paviotti, con domicilio eletto presso la Segreteria del TAR, in Venezia, Cannaregio 2277; Artico Servizi Cooperativa Sociale, Sole Societa' Cooperativa;

per l'annullamento, previa sospensione

degli atti della gara indetta dalla Soraris SpA per il servizio di gestione dei centri comunali di raccolta di Altavilla Vicentina via Mazzini, Bressanvido via San Benedetto, Caldogno via Leopardi, Dueville via Po, Grisignano di Zocco via dell'Industria, Grumolo delle Abbadesse via Palu', Montegaldelta via Rialto, Monticello Conte Otto via Saviabona, Quinto Vicentino via XX Settembre, Torri di Quartesolo via 1° Maggio e in particolare, del bando di gara europeo pubblicato in GUCE in data 6.3.2014, del disciplinare di gara e del capitolato tecnico, dei verbali di gara, del provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata, del diniego di autotutela formatosi per inerzia sull'informativa ex art 243 bis d.lgs. 163/2006, nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Soraris Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale La Sorgente Cooperativa Impresa Sociale Onlus, rappresentato e difeso dagli avv. Roberto Paviotti, Fabrizio Paviotti, con domicilio eletto presso Roberto Paviotti in Udine, viale Duodo, 52;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 15 ottobre 2014 il dott. Alessio Falferi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

La società cooperativa ricorrente ha impugnato, formulando anche istanza di sospensione cautelare, tutti gli atti, in epigrafe meglio indicati, relativi alla procedura di gara indetta da Soraris SpA per l'affidamento della gestione dei centri di raccolta differenziata dei comuni indicati nel bando, per il periodo compreso tra l'1.7.2014 ed il 31.12.2017, gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con il sistema del confronto a coppie.

Dopo aver precisato che l'offerta doveva comporsi di tre buste (amministrativa, tecnica ed economica), tutte da contenersi in un unico plico debitamente sigillato ed aver indicato analiticamente cosa doveva essere contenuto nella busta riguardante l'offerta tecnica, la ricorrente ha evidenziato che in data 29.4.2014 si teneva, in forma pubblica, la prima seduta della Commissione, nella quale si procedeva alla verifica dell'integrità dei plichi contenenti le offerte e all'apertura ed alla verifica della documentazione contenuta nella busta "A"; terminata la sessione pubblica, la Commissione rinviava la seduta alle ore 12.30, da tenersi in forma riservata per l'apertura delle Buste "B" recanti le offerte tecniche.

Peraltro, la ricorrente ha evidenziato che dalla lettura dei verbali di gara (del 5.5.2014 e del 12.5.2014) non era dato comprendere in quale momento erano state effettivamente aperte le Buste contenenti le offerte tecniche.

In data 15.5.2014, in seduta pubblica, la Commissione apriva le Buste "C" contenenti le offerte economiche e aggiudicava la gara in via provvisoria a "La Sorgente Cooperativa Impresa Sociale Onlus".

Tanto premesso in fatto, la ricorrente, ricordato di aver inviato informativa in ordine all'intenzione di proporre ricorso giurisdizionale a fronte della quale si formava il silenzio diniego ai sensi dell'art. 243 bis, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006, ha dedotto i seguenti motivi di ricorso: " *1. Violazione dei principi di pubblicità, imparzialità e trasparenza recepiti dall'art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006. Violazione degli artt. 117 e 120 del DPR 207/2010 così come modificati dalla L. n. 94 del 2012. Violazione del principio di diritto elaborato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria n. 13 del 28/07/2011. Violazione dell'art. 15 del Disciplinare di Gara; 2.*

*Violazione dei principi di pubblicità, imparzialità e trasparenza recepiti dall'art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006. Violazione dell'art. 4 del Disciplinare di gara e, con esso, degli Allegati G e P del DPR 207/2010 in ordine all'applicazione del metodo del confronto a coppie. Difetto di istruttoria e motivazione".* In sintesi, con il primo motivo, la ricorrente ha censurato l'avvenuta apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica in seduta riservata e non in seduta pubblica –circostanza che determinerebbe l'invalidazione dell'aggiudicazione ed il travolgimento dell'intera procedura di gara – , come previsto e richiesto dai principi di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa in tema di procedura ad evidenza pubblica, dall'art. 120, comma 2, del d.P.R. 207/2010, come modificato dall'art. 12, comma 1, della legge n. 94/2012, e dallo stesso Disciplinare di gara che all'art. 15, lett. d) espressamente stabiliva che la Commissione di gara avrebbe proceduto in seduta pubblica all'apertura delle offerte tecniche (busta "B") verificando la correttezza formale della documentazione presentata dai concorrenti; inoltre, dalla lettura dei verbali di gara, nemmeno era possibile risalire al giorno in cui si sarebbe tenuta l'operazione di apertura delle Buste "B", se fino a tale momento le suddette Buste erano integre e sigillate e se, dopo l'apertura, le medesime erano custodite in armadio chiuso a chiave. Con il secondo motivo di ricorso, si è sostanzialmente denunciata la violazione della disciplina del metodo del confronto a coppie, previsto dal Disciplinare di gara per la procedura in questione, atteso che i verbali di gara hanno ommesso di dare conto dell'effettuazione del confronto fornendo evidenza grafica e numerica, come previsto dagli allegati G e P del d.P.R. n. 270/2010, limitandosi a dare atto dell'effettuazione del confronto medesimo.

Si è costituita in giudizio Soraris Spa, la quale ha chiesto che il ricorso sia dichiarato inammissibile, improcedibile e comunque infondato nel merito.

Si è costituita in giudizio anche la controinteressata La Sorgente Cooperativa Impresa Sociale Onlus (di seguito solo "La Sorgente"), in qualità di controinteressata, la quale ha contestato gli argomenti avversari ed ha spiegato ricorso incidentale "escludente". In particolare, con il primo motivo di ricorso incidentale, la controinteressata, denunciando la violazione dell'art. 38, comma 3, del d.P.R. n. 445/2000, ha censurato la mancata esclusione dalla gara della ricorrente principale atteso che una mandante del RTI di cui la ricorrente Prisma è capogruppo avesse allegato alla dichiarazione relativa alla cause di esclusione di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 documento di identità scaduto, in violazione di quanto previsto dalla *lex specialis* di gara; in particolare, "La Sorgente" ha rilevato che il Vicepresidente, munito di poteri di rappresentanza, della Job Mosaico soc. Coop sociale, mandante del RTI con capogruppo la ricorrente principale, produceva dichiarazione sostitutiva ex art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 di data 14 aprile 2014, allegando carta d'identità valida fino al 14 marzo 2014 e, quindi, già scaduta, in violazione della prescrizione di cui all'allegato 1 bis del Disciplinare di gara, che richiedeva, a pena di esclusione, che la suddetta dichiarazione fosse presentata unitamente a copia di un documento di identità in corso di validità del dichiarante. Con il secondo motivo di ricorso incidentale, la controinteressata, dopo aver evidenziato che la *lex specialis* di gara aveva prescritto che sia l'istanza di ammissione alla gara (allegato 1) che la dichiarazione circa l'insussistenza della cause di esclusione (allegato 1 bis) dovevano essere debitamente sottoscritte "in ogni foglio" a pena di esclusione, ha rilevato che l'offerta del RTI con capogruppo Prisma era stata prodotta in violazione delle richiamate prescrizioni, atteso che più dichiarazioni (allegato 1 bis) erano mancanti delle sottoscrizioni nella pagina 1 e una dichiarazione di cui all'allegato 1, resa dalla mandante "Il Cammino", era mancante della sottoscrizione dalle pagine 1 a 6, con conseguente necessità di esclusione del suddetto RTI, considerato che la stazione appaltante si era autovincolata a sanzionare con l'esclusione la mancata sottoscrizione di tutte le pagine delle indicate dichiarazioni rese dai partecipanti.

Alla Camera di Consiglio dell'1 ottobre 2014, sentite le parti, la causa è stata trattenuta in decisione, potendo essere decisa con sentenza in forma semplificata.

Innanzitutto, va rilevata l'infondatezza del ricorso incidentale escludente.

Il primo motivo non è condivisibile.

Invero, diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente incidentale "La Sorgente", la previsione della necessità di allegare documento di identità in "corso di validità" a pena di esclusione, non costituisce esatto adempimento della previsione di cui al comma 3 dell'art. 38 del d.P.R. n. 445/2000, atteso che detta disposizione richiede unicamente che "*Le istanze e le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà da produrre agli organi della amministrazione pubblica o ai gestori o esercenti di pubblici servizi sono sottoscritte dall'interessato in presenza del dipendente addetto ovvero sottoscritte e presentate unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del sottoscrittore*". Secondo il pacifico orientamento giurisprudenziale formatosi sul punto, dal quale non vi sono valide ragioni per discostarsi, ai fini della partecipazione ad una gara d'appalto, la mera allegazione di un documento di identità scaduto, deve ricondursi alla categoria delle irregolarità, come tale suscettibile di regolarizzazione in qualunque momento del procedimento, non determinandosi alcuna violazione della *par condicio* dei concorrenti, non incidendo tale documento sulla sussistenza dei requisiti o sulla regolarità dell'offerta e non facendo venir meno l'imputabilità della dichiarazione resa dall'interessato (a titolo esemplificativo, *Consiglio di Stato, sez. VI, 18 aprile 2011, n. 2366; TAR Lazio, Roma, sez. I, 4 novembre 2013, n. 9376; id., sez. III, 5 marzo 2013, n. 2361; id., 4 ottobre 2011, n. 7692; TAR Campania, Salerno, sez. I, 8 novembre 2010, n. 12339; TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 28 luglio 2009, n. 837*). Pertanto, a fronte della presentazione della dichiarazione sostitutiva corredata da documento di identità scaduto, l'Amministrazione avrebbe dovuto darne notizia al concorrente al fine di consentire la regolarizzazione della dichiarazione stessa ex art. 71, comma 3 del d.P.R. n. 445/2000, ma certo non avrebbe potuto escludere il concorrente in forza della previsione, "a pena di esclusione", del Disciplinare di gara: infatti, ad avviso del Collegio, una siffatta prescrizione espulsiva non sfugge alla declaratoria di nullità, ai sensi dell'art.46, comma 1-bis, del D.Lgs n.146/2006 (comma inserito dall'art.4, comma 2, lettera d), del D.L. 13 maggio 2011 n.70), per violazione del principio di tassatività della cause di esclusione oltre che di quelli di proporzionalità e ragionevolezza, atteso che la dedotta circostanza non è idonea ad ingenerare un'ipotesi di incertezza assoluta sulla provenienza della dichiarazione (con riferimento all'offerta, *TAR Campania, Napoli, sez. I, 28 marzo 2013, n. 1691*).

Anche il secondo motivo di ricorso incidentale non può essere condiviso.

E' noto che l'art. 46, comma 1 bis, del decreto legislativo n. 163/2006, ha introdotto nel sistema dei contratti pubblici il principio di tassatività della cause di esclusione e, conseguentemente, autorizza l'esclusione dalle procedura di gara soltanto in presenza di una "causa normativa", contemplata dalle singole disposizioni del decreto stesso mediante la previsione espressa della esclusione o la loro formulazione in termine di divieto o di imposizione di adempimenti doverosi (*Consiglio di Stato, A.P. 6 giugno 2012, n. 21*), ovvero di una "causa amministrativa", che rientri nell'ambito della fattispecie generali tassativamente indicate dallo stesso art. 46. E' stato osservato (*Consiglio di Stato, sez. VI, 18 settembre 2013, n. 4663*) che la ragione giustificativa del principio di tassatività è quella di impedire, tra l'altro, l'adozione di atti basati su eccessi di formalismo che contrastano con il divieto di aggravamento degli oneri burocratici e con l'esigenza, nella prospettiva di tutelare la concorrenza, «di ridurre il peso degli oneri formali gravanti sui cittadini e sulle imprese», riconoscendo giuridico rilievo «all'inosservanza di regole procedurali o formali solo in quanto questa impedisce il conseguimento del risultato verso cui l'azione amministrativa è diretta, atteso che la gara deve guardare alla qualità della dichiarazione piuttosto che all'esclusiva correttezza della sua esternazione» (*Consiglio di Stato, sez. VI, ordinanza 17 maggio 2013, n. 2681*).

Ebbene, nel caso in esame, premesso che non è contestato tra le parti che l'ultima pagina di ogni dichiarazione risulta debitamente sottoscritta, mancando eventualmente, la sottoscrizioni nella prima o in successive pagine, appare evidente come non ricorra alcuna delle ipotesi contemplate dal citato art. 46, comma 1 bis, non essendo rintracciabile una prescrizione in ordine alla necessità di sottoscrivere tutte le pagine dell'istanza di ammissione ovvero della dichiarazione in ordine alla cause di esclusione; d'altra parte, non v'è ragione per non ritenere sufficiente la sottoscrizione in calce al documento di cui si discute - e non anche in ogni singola pagina di cui esso è composto -, atteso che in tal modo è comunque garantita la provenienza del documento medesimo.

Dunque, la clausola contenuta nel disciplinare di gara, invocata dalla controinteressata - ricorrente incidentale, deve ritenersi nulla per contrasto con il principio di tassatività contemplato dall'art. 46, comma 1-bis, del decreto legislativo n. 163 del 2006.

In definitiva, il ricorso incidentale è privo di fondamento e va, dunque, respinto.

Passando ora all'esame del ricorso principale, si rileva che il primo motivo di ricorso è, all'evidenza, fondato.

Non è discusso tra le parti che le buste contenenti le offerte tecniche siano state aperte in seduta riservata (anche se non risulta ben chiaro in quale seduta e, quindi, in quale data) e non in seduta pubblica.

Deve rilevarsi che l'art. 12 del D.L. 7 maggio 2012, n. 52, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 luglio 2012, n. 94, nel modificare il regolamento di esecuzione del codice dei contratti pubblici (d.P.R. n. 207/2010), ha espressamente stabilito l'obbligo dell'apertura in seduta pubblica del plico contenente le offerte tecniche; invero, è stato previsto che *“la commissione, anche per le gare in corso ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati ancora aperti alla data del 9 maggio 2012, apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti.”* (cfr. art. 120, comma 2, d.P.R. n. 207/2010; analoga è la previsione di cui al comma 2 dell'art. 283, stesso decreto, relativamente ai servizi ed alle forniture). Come noto, la giurisprudenza, sulla base dell'autorevole insegnamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ha definitivamente chiarito che il richiamato art. 12, del D.L. 7 maggio 2012, n. 52, non ha portata ricognitiva del principio affermato con la nota pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 13 del 28 luglio 2011, ma ha la specifica funzione transitoria di salvaguardare gli effetti delle procedure concluse o pendenti alla data del 9 maggio 2012, nelle quali si è proceduto all'apertura dei plichi in seduta riservata, recando in sostanza, per questo aspetto, una sanatoria di tali procedure; di conseguenza, solo nel caso di procedimento di gara conclusosi prima dell'entrata in vigore del richiamato art. 12 del D.L. n. 52/2012, è legittima l'apertura delle buste delle offerte tecniche in seduta non pubblica, effettuata in conformità con la previsione del disciplinare di gara (*Consiglio di Stato, A.P. 26 giugno 2013, n. 16; id. 22 aprile 2013, n. 8; Consiglio di Stato, sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4305; id., sez. III, 31 luglio 2013, n. 4037; TAR Umbria, sez. I, 27 settembre 2013, n. 484*).

Un tanto basta per dichiarare illegittima l'apertura in seduta riservata della buste contenenti le offerte tecniche della procedura qui in discussione, il cui bando reca data marzo 2014.

Deve, peraltro, aggiungersi che lo stesso Disciplinare di gara, all'art. 15, lett. d), espressamente prevedeva che la Commissione di gara procedesse, *“in seduta pubblica”*, all'apertura delle offerte tecniche (busta “B”), verificando la correttezza formale della documentazione presentata dai concorrenti, procedendo all'esclusione dei concorrenti che avessero presentato plichi irregolari o pervenuti oltre i termini previsti o la cui documentazione fosse mancante o errata, specificando

ulteriormente che al termine di tali operazioni, la Commissione avrebbe comunicato la data e l'ora in cui si sarebbe proceduto -in seduta riservata – alla valutazione dell'offerta tecnica e all'assegnazione dei relativi punteggi.

E', dunque, evidente che la Commissione di gara, aprendo le buste contenenti le offerte tecniche in seduta riservata, ha altresì violato la previsione contenuta nel Disciplinare di gara ed alla quale la Stazione Appaltante si era vincolata.

In conclusione, assorbite le ulteriori questioni poste dalla ricorrente, il primo motivo di ricorso è fondato e, dunque, il ricorso principale va accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Le spese di causa seguono la regola della soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così dispone:

-respinge il ricorso incidentale;

-accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati;

-condanna "Soraris Spa" e la controinteressata ricorrente incidentale "La Sorgente" al pagamento, in via solidale, delle spese di causa che liquida in complessivi euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre IVA, CPA ed accessori come per legge.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 15 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Alessio Falferi, Primo Referendario, Estensore

Roberto Vitanza, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/10/2014

IL SEGRETARIO

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