

REPUBBLICA ITALIANA

N. 2871/09 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 9648 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione

ANNO 2007

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello RGN 9648/07 proposto **dalla ditta Bernardi Claudio e Mainardi Enrico** di Pennabilli, in persona del legale rappresentante Claudio Bernardi, rappresentata e difesa in giudizio dall'avv. Antonio Zavoli ed elettivamente domiciliata in Roma alla via Fabio Massimo 60 presso lo studio dell'avv. Enrico Caroli;

C O N T R O

La Provincia di Pesaro Urbino, in persona del Presidente e legale rappresentante pt, rappresentata e difesa in giudizio dall'avv. Aldo Valentini e domiciliata in Roma, presso l'avv. Giovanni Bonaccio, piazza Friggeri n. 18;

e nei confronti di

della Ditta E.M.T. s.n.c., in persona dei legali rappresentanti, rappresentata e difesa in giudizio dagli avv.ti Giovanni Govi, Valerio Guazzarini, Francesco Maria Crociani ed Adriano Giuffrè ed elettivamente domiciliata in Roma presso lo studio legale di quest'ultimo difensore alla via Collina n. 36;

nonché di

Battistini Costruzioni di Battistini Michele & C. snc, in persona del presidente e legale rappresentante pt, rappresentata e

difesa in giudizio dagli avv.ti Giovanni Govi, Valerio Guazzarini, Francesco Maria Crociani ed Adriano Giuffrè ed elettivamente domiciliata in Roma presso lo studio legale di quest'ultimo difensore alla via Collina n. 36;

e di

Brizzi Costruzioni snc, di Brizzi Giancarlo e Gerardo, in persona del legale rappresentante pt, rappresentata e difesa in giudizio dagli avv.ti Giovanni Govi, Valerio Guazzarini, Francesco Maria Crociani ed Adriano Giuffrè ed elettivamente domiciliata in Roma presso lo studio legale di quest'ultimo difensore alla via Collina n. 36

PER LA RIFORMA

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche, n. 1589/2007, depositata il 26 settembre 2007, recante il rigetto dell'originario ricorso proposto dagli odierni appellanti;

Visti il ricorso con i relativi allegati;

Vista la memoria di costituzione in giudizio della Provincia di Pesaro nonché delle altre parti intimare;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti delle due cause;

Relatore alla pubblica udienza del *9 gennaio 2009*, il Consigliere Giulio Castriota Scanderbeg;

Udito per le parti gli avv.ti Giovanni Bonaccio per delega dell'avv. Aldo Valentini nonché l'avv. Adriano Giuffrè;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O E D I R I T T O

1. E' impugnata le epigrafata sentenza del TAR Marche, sede di Ancona , con la quale è stato rigettato l'originario ricorso prodotto dalla odierna appellante avverso la propria esclusione dalla gara indetta dalla Provincia di Pesaro Urbino per l'affidamento del servizio di spalamento della neve e di spargimento del sale per il quinquennio 2005/2010.

Deduce l'appellante l'erroneità della gravata pronuncia per avere la stessa inopinatamente considerato legittima la propria esclusione dalla competizione adottata dal Seggio di gara per asserito inadempimento alle prescrizioni del capitolato in ordine alla produzione della carta di circolazione o del certificato di idoneità tecnica alla circolazione dei mezzi da impiegare nell'espletamento del servizio. In via ancor più generale l'appellante contesta la legittimità dell'intera procedura di gara per aver la stazione appaltante sostituito una parte sostanziale del capitolato di gara pochi giorni prima del termine di presentazione delle domande, rendendo oltremodo difficile la partecipazione alla gara dei concorrenti. Di qui i motivi di gravame avverso la sentenza e, in via mediata, avverso gli atti di gara, con la richiesta consequenziale del loro annullamento, in totale riforma della gravata pronuncia e con il favore delle spese del doppio grado di giudizio.

2. Si è costituita in giudizio la Provincia di Pesaro-Urbino nonché

i controinteressati per resistere al gravame e per chiederne la reiezione.

Alla udienza pubblica del 9 gennaio 2009 la causa è passata in decisione.

3. L'appello è infondato e va rigettato.

4. Come premesso in fatto, col primo motivo di appello la società ricorrente si duole della erroneità della gravata sentenza, laddove la stessa non avrebbe attribuito portata invalidante alla illegittimità procedimentale – da cui a suo dire dovrebbe scaturire la caducazione dell'intera procedura selettiva – rappresentata dal cambiamento sostanziale, intervenuto a pochi giorni dalla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, di una parte consistente del capitolato speciale già consegnato ai partecipanti (ed in particolare ad essa deducente) nella originaria versione in relazione al settore H (zone 4, 7 e 8).

Parte appellante ha insistito su tale censura precisando che, ad onta di quanto sostenuto sul punto dal TAR nella decisione di rigetto (e cioè che si sarebbe trattato, senza alcuna rilevanza sostanziale, della *mera ristampa di una parte della tabella del settore H del capitolato, che nella copia a suo tempo consegnata alla ditta ricorrente non era stata stampata correttamente*), la modifica nelle distinte versioni del capitolato speciale avrebbe investito le caratteristiche dei mezzi richiesti per l'espletamento del servizio, dato che soltanto nell'ultima versione la stazione appaltante avrebbe imposto il requisito della trazione integrale ai

mezzi da impiegare nell'espletamento del servizio, *ab origine* insussistente.

La censura è infondata.

Già in punto di fatto giova osservare che risulta pacifico ed incontroverso che nella versione del capitolato di gara ritirata dalla odierna appellante in data 6 ottobre 2005 (e quindi antecedentemente alla scadenza del termine per la presentazione delle domande, vale a dire il successivo 13 ottobre) era espressamente indicato che i mezzi da utilizzare per l'espletamento del servizio nel settore H sarebbero dovuti essere a trazione integrale, conformemente al testo del capitolato approvato dalla Amministrazione il 30.9.2005. L'appellante non fornisce la prova di quanto affermato in ordine alla ipotizzata discordanza, in ordine al suindicato requisito tecnico, dei testi relativi alla citata *lex specialis* di gara, sì da far ritenere plausibile che nessuna discordanza vi sia stata in concreto e che si sia trattato appunto, come ritenuto dal primo giudicante sulla scorta dei dati emergenti dalla causa, di una mera ristampa di un testo in origine non integralmente leggibile (d'altronde appare implausibile, già in linea di principio, che mezzi destinati ad operare su fondo stradale ghiacciato o innevato non fossero del tipo <a trazione integrale>). In ogni caso e a tutto concedere era appunto sull'odierna appellante che incombeva l'onere processuale di fornire la prova della discordanza sostanziale delle due versioni del capitolato d'appalto, prova che per quanto detto

non vi è stata; con il che la questione può ritenersi superata senza che, come correttamente ritenuto dal Tar, dalla stessa possa discendere alcun effetto invalidante sulla procedura selettiva di che trattasi.

Peraltro, poiché tale supposta e non provata modifica delle condizioni di gara è intervenuta prima della scadenza dei termini per la presentazione delle offerte (e quindi *a fortiori* prima che prendesse inizio l'attività valutativa del Seggio di gara), la prova della rilevanza causale del vizio sull'andamento della selezione avrebbe dovuto riguardare anche la pretesa difficoltà/impossibilità, per la odierna appellante, già in possesso – in ipotesi - di mezzi a trazione non integrale, di procurarsi i mezzi idonei per partecipare alla selezione nel termine residuo rimasto (dal 6 al 13 ottobre 2005) per il confezionamento dell'offerta. Ora, poiché una tale puntuale prospettazione della vicenda non vi è stata, l'asserito mutamento sostanziale delle condizioni d'appalto è rimasta una mera allegazione di parte, sfornita del benché minimo riscontro capace di irrobustirla in vista della prospettata valenza caducatoria sugli esiti della gara. Va da sé, inoltre, che la articolazione della suddetta clausola del capitolato di gara nei termini riferiti dall'appellante avrebbe dovuto indurre la ricorrente alla impugnativa di detta clausola, se non immediatamente (in quanto clausola espulsiva), quantomeno congiuntamente con la propria esclusione ovvero, in ultima analisi, unitamente all'impugnazione dell'aggiudicazione in

favore di altri dei distinti settori nell'ambito dei quali la gara è stata fin dall'origine frazionata. Donde un profilo di inammissibilità della stessa censura, anche a tralasciare i già indicati profili di infondatezza sul punto del gravame.

5. Con il secondo ordine di censure la odierna appellante aggredisce la sentenza dei primi giudici lì dove la stessa ha ritenuto, in pedissequa applicazione delle regole della *lex specialis* di gara, la piena legittimità della sua esclusione dalla selezione in relazione ai distinti settori H6, H7 e H8. Giova ricordare che la ricorrente è stata esclusa dalla gara relativa alle suddette zone d'intervento per non aver allegato alla documentazione di corredo dell'offerta, nei termini utili per la presentazione delle domande (13.10.2005) né la carta di circolazione né il certificato di idoneità tecnica alla circolazione di uno dei mezzi indicati per l'espletamento del servizio (e cioè dell'autocarro). La rilevanza di tali documenti, per come ha correttamente osservato il giudice di primo grado, era stata espressamente correlata nel capitolato d'appalto (art. 6 comma 4) alla possibilità di desumere la potenza dei mezzi da quei documenti. Inoltre, quei documenti dovevano servire, nella logica delle regole di gara, a dimostrare la proprietà dei mezzi in capo al partecipante, atteso che era espressamente escluso che si potesse concorrere alla gara con mezzi di proprietà di terzi (oltre alla proprietà il Capitolato prevedeva in alternativa la locazione finanziaria, da comprovare con contratto registrato).

E' pacifico ed incontestato, in fatto, che la società ricorrente non ha prodotto tra la documentazione di gara, nei termini perentori fissati nel bando per la presentazione delle offerte, né la carta di circolazione né il predetto certificato di idoneità di una macchina operatrice.

Assume l'appellante che le informazioni circa la potenza del motore erano in ogni caso desumibili *aliunde*, in particolare anche dalla documentazione successivamente prodotta agli atti di gara su impulso della stessa stazione appaltante (e cioè dalla dichiarazione sostitutiva dell'atto notorio a comprova sia della proprietà che della potenza del mezzo); nonché da un libretto del mezzo con dicitura in tedesco (e traduzione italiana) anch'esso esibito a corredo dell'offerta e che, inoltre, la proprietà del mezzo era altresì desumibile dalla fattura relativa al suo acquisto, non essendo disponibile alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara la carta di circolazione ovvero il certificato di idoneità espressamente contemplati dal capitolato d'appalto.

Ma la tesi difensiva non merita condivisione.

E' ben consapevole la Sezione che, nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici, il principio che ravvisa nel rispetto puntuale delle formalità prescritte dalla *lex specialis* un efficace presidio a garanzia della *par condicio* tra i partecipanti può essere oggetto di temperamenti, perché del formalismo procedurale che sorregge il sistema delle gare d'appalto va

scongiurata un'applicazione meccanica che contraddica, alla luce delle specifiche circostanze del caso concreto, la fondamentale ed immanente esigenza di ragionevolezza dell'attività amministrativa, finendo così per porsi in contrasto con le stesse finalità di tutela cui sono preordinati i generali canoni applicativi delle regole della contrattualistica pubblica (in tal senso, Consiglio di Stato, V, 22 giugno 2004, n. 4347).

Nella specie, tuttavia, non par dubbio che il coacervo di documentazione sostitutiva di cui l'appellante predica l'equipollenza a quella espressamente contemplata dalla *lex specialis* di gara non è a quest'ultima assimilabile, rappresentando decisamente un *minus* sul piano della forza probante in ordine ai presupposti essenziali ai fini partecipativi (dimostrazione della proprietà dei mezzi nonché della potenza dei relativi motori). Anche a tralasciare il profilo temporale della produzione documentale di che trattasi (è pacifico, pur nella non limpida esposizione dell'appellante, che alcuni documenti sono stati prodotti ben oltre il termine di presentazione delle domanda di partecipazione alla selezione), resta in ogni caso da rilevare la assoluta inadeguatezza del corredo documentale offerto in sede di gara dall'appellante; basti al proposito por mente, sul piano sostanziale, alla portata meramente indiziaria della fattura commerciale d'acquisto ai fini della prova della proprietà del mezzo rispetto alla ben diversa portata fidefacente della carta di circolazione del mezzo, ovvero alla documentazione equipollente

(libretto di provenienza tedesca, certificato CE: documenti per vero dal tenore non inequivoco in ordine alla indicazione della potenza del mezzo) da cui parte appellante pretende desumere i dati relativi alla potenza dei mezzi impiegati (contro la lettera del capitolato di gara secondo cui *la potenza dei veicoli verrà desunta dalla carta di circolazione o dal certificato di idoneità tecnica alla circolazione*).

Quanto alla produzione – non prevista dalla *lex specialis* di gara - della dichiarazione sostitutiva dell'atto notorio (in ordine alle suindicate circostanze inerenti la proprietà e la potenza del mezzo) l'appellante assume la piena equiparazione, ai sensi degli artt. 43, 46 e 47 del DPR 445/00, di detta dichiarazione sostitutiva alla documentazione dettagliatamente imposta dalla *lex specialis* di gara.

Ma anche tale ultima affermazione non appare condivisibile.

L'applicazione indiscriminata alle gare d'appalto della normativa in materia di semplificazione amministrativa può infatti portare ad una inammissibile violazione del principio della *par condicio competitorum* le quante volte gli atti generali che compendiano le regole di gara non abbiano espressamente previsto (anche a mezzo di generica dichiarazione di equipollenza) la possibilità di attingere a tale modalità semplificata ai fini della dimostrazione di fatti rilevanti ai fini partecipativi. Il meccanismo competitivo proprio della gara d'appalto è infatti tale per cui la lettera della *lex specialis* non è passibile di interpretazioni estensive, dato che

le stesse si tradurrebbero in una violazione procedimentale in danno di quei concorrenti che si sono allineati alla legge di gara in modo pedissequo, osservandone alla lettera le prescrizioni. Se il capitolato d'appalto prescrive, come appunto nello specifico, che la potenza dei mezzi può essere provata soltanto con la produzione di determinati documenti, ammettere la dichiarazione sostitutiva di atto notorio (peraltro a prescindere da una specifica impugnativa avverso la clausola di *lex specialis* prescrittiva dell'obbligo incondizionato e dal conseguente giudizio sulla ragionevolezza di detta clausola) significherebbe forzare inammissibilmente il meccanismo delle regole di gara.

Peraltro, la scelta della stazione appaltante di non contemplare tra la documentazione di gara le dichiarazioni sostitutive – nella specie <di fatto notorio>, ai sensi dell'art. 47 DPR cit.- potrebbe iscriversi in una ragionevole logica di speditezza procedimentale. Non si dubita, infatti, che la dichiarazione sostitutiva impone un controllo postumo (quantomeno a campione) su quanto dichiarato dal concorrente, che diviene obbligatorio e puntuale nella ipotesi in cui quest'ultimo viene ad assumere, in esito alla gara, le vesti dell'aggiudicatario. Ora, non par dubbio che tanto costituisca un aggravamento degli oneri procedimentali e che ragionevolmente la stazione appaltante, nell'esercizio dei margini di discrezionalità propri della fase della fissazione delle regole di gara, potrebbe orientarsi per una limitazione del ricorso alle dichiarazioni sostitutive, proprio a mezzo di previsioni imponenti

la esibizione fin da subito di documentazione dalla più sicura efficacia probante .

In definitiva, il Collegio è persuaso che nella specie l'applicazione puntuale, sotto i divisati profili, delle previsioni del capitolato non si è trasformata in un'operazione meccanicistica di regole di gara che avrebbero potuto incontrare, come sostanzialmente prospetta l'appellante, una interpretazione teleologicamente orientata a preservarne la finalità perseguita. Al contrario, l'attuazione fedele delle prescrizioni di gara, con la consequenziale esclusione dalla competizione, per le già dette ragioni, della ditta odiernamente appellante ha rappresentato corretta applicazione al caso di specie del principio della *par condicio competitorum*, atteso che l'ammissione della ricorrente ad un (non previsto) regime documentale semplificato avrebbe certamente arrecato un *vulnus* al suddetto principio. Corretta dunque appare, anche sotto tale ultimo profilo, la decisione dei primi giudici che, nel rigettare analogo motivo di ricorso sul punto articolato in primo grado dalla odierna appellante, hanno sostanzialmente validato con argomenti simmetrici la determinazione del seggio di gara recante la esclusione dalla gara della ditta Bernardi.

6. Quanto alle restanti censure che investono la partecipazione nonché l'aggiudicazione ad altri della gara (e cioè in favore delle ditte intimiate, vincitrici della selezione in relazione ai distinti settori nell'ambito dei quali la gara è stata fin dall'inizio

frazionata), la Sezione condivide i rilievi svolti dal Tar in punto di inammissibilità delle censure per difetto di interesse dell'originaria ricorrente a questa parte della impugnativa, una volta che è stato accertato il suo difetto di titolo legittimante a partecipare alla selezione.

Il tema è quello, ampiamente noto in giurisprudenza, dell'interesse ad impugnare gli atti di gara (ed *in primis*, l'aggiudicazione ad altri) da parte del soggetto che sia stato legittimamente escluso dalla gara. Secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato (v. per tutte, Consiglio di Stato, V, 13 settembre 2005 n. 4692; Consiglio di Stato, V, 21 novembre 2007 n. 5925) un tale interesse non potrebbe sussistere in capo al soggetto legittimamente escluso, dato che quest'ultimo all'esito dell'accertamento in ordine alla legittimità della sua esclusione, rimane privo non soltanto del titolo legittimante a partecipare alla gara ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle distinte scansioni procedurali; il suo interesse, da qualificare quale interesse di mero fatto, non sarebbe diverso, secondo tale approccio interpretativo, a quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non avrebbe titolo ad impugnarne gli atti, pur essendo titolare di un interesse (di mero fatto) alla caducazione dell'intera selezione, al fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di nuova gara.

Secondo un più recente approccio interpretativo (Consiglio di Stato, V, 4 giugno 2008 n. 2629) l'interesse del soggetto

legittimamente escluso dalla selezione non potrebbe invece ritenersi insussistente, quantomeno in ordine alla prospettazione di quelle censure che potrebbero portare a travolgere l'intera competizione. In tal caso il fatto della partecipazione (ancorché non legittima) alla selezione vale a fondare il titolo impugnatorio in vista della soddisfazione dell'interesse strumentale alla riedizione della gara nonché a rimarcare la differenza rispetto al non partecipante (che di quel titolo è pacificamente sfornito).

Ma anche in tale ultima prospettiva interpretativa, e salvo il caso in cui vengano dedotti vizi inficianti l'intera procedura di gara (in cui l'interesse strumentale alla rinnovazione della competizione emerge in modo appariscente), è chiaro che l'impresa legittimamente esclusa da una gara d'appalto, in tanto può avere interesse, nell'ottica della rinnovazione della selezione, a contestare l'aggiudicazione ad altri dell'appalto, in quanto dimostri che nessun altro concorrente aveva titolo a parteciparvi e/o a restarne aggiudicatario.

Tuttavia nella specie ciò non si è verificato, dato che l'appellante si è limitata a reiterare censure (involgenti il preteso difetto di titolo partecipativo o comunque la inidoneità a risultare aggiudicatari) all'indirizzo dei singoli soggetti vincitori della selezione in relazione ai distinti settori in cui l'appalto è stato suddiviso; ma tanto non è certamente sufficiente, per quel che si è detto, a dimostrare l'interesse alla *renovatio* della intera procedura di gara, attesa— a tacer d'altro - la mancata estensione

di tale impugnativa a tutti gli altri concorrenti, aventi gradatamente titolo a subentrare nella posizione dell'aggiudicatario eventualmente rimosso.

7. Né meritano condivisione, da ultimo, le censure che investono quella parte della gara avente ad oggetto l'assegnazione del servizio per il settore H9. Sul punto sono rimaste incontestate le circostanze che hanno condotto i giudici di primo grado ad adottare una decisione di inammissibilità della censura sulla base del rilievo secondo cui *<la ditta Bernardi Claudio e Mainardi Enrico non ha partecipato a tale ulteriore procedura di gara ... sicchè non ha alcun interesse a dolersi della circostanza che l'aggiudicazione dell'appalto per la zona H9 sia stata disposta in favore di altro soggetto>*. Del pari corretta appare la decisione dei primi giudici – pure in questa parte gravata - di ritenere inammissibili per difetto di interesse le censure articolate dalla appellante avverso la originaria determinazione di non assegnazione (per mancanza di offerte valide) del servizio relativamente al settore H4; ed invero, la successiva gara ufficiosa esperita dalla stazione appaltante in relazione a tale porzione dell'appalto ha visto quale soggetto aggiudicatario l'odierna ditta appellante, donde l'evidente difetto sopravvenuto di interesse in capo a quest'ultima a coltivare la primigenia censura.

8. In definitiva, alla luce delle considerazioni che precedono, l'appello deve essere respinto; con il che resta confermata la

sentenza gravata.

Le spese del presente grado di giudizio, in considerazione della particolarità della fattispecie trattata, possono essere integralmente compensate tra le parti, ricorrendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sez. V), definitivamente pronunciando sull' appello in epigrafe, lo rigetta e per l'effetto conferma l'impugnata sentenza.

Spese del grado compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso a Roma, in Palazzo Spada, nella Camera di Consiglio del 9 gennaio 2009, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sez. V), riunito in Camera di Consiglio con l'intervento dei signori:

Raffaele Iannotta	Presidente
Cesare Lamberti	Consigliere
Marzio Branca	Consigliere
Gabriele Carlotti	Consigliere
Giulio Castriota Scanderbeg	Consigliere est.
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
f.to Giulio Castriota Scanderbeg	f.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

f.to Agatina Maria Vilardo

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il11/05/09.....

(Art. 55 L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi