

MASSIMA – Estratto punto 2 della sentenza: “... La commissione di gara, in ciò avallata dal TAR adito, avrebbe, infatti, illegittimamente ammesso la citata concorrente a sanare le suddette lacune attraverso il ricorso istruttorio.

Un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, dal quale il Collegio non intende discostarsi, afferma che, nell’ambito dei procedimenti ad evidenza pubblica finalizzati all’affidamento di un contratto, il soccorso istruttorio non può essere utilizzato per sopperire a dichiarazioni (riguardanti elementi essenziali ai fini della partecipazione) radicalmente mancanti – pena la violazione della par condicio fra concorrenti - ma soltanto per chiarire o completare dichiarazioni o documenti già comunque acquisiti agli atti di gara (Cons. Stato, A. P., 25/2/2014, n. 9; Sez. V, 12/10/2016, n. 4219; 15/7/2016, n. 3153; 21/7/2015, n. 3605; 25/2/2015, n. 927; Sez. III, 24/11/2016, n. 4930; 17/11/2015, n. 5249; Sez. IV, 15/9/2015, n. 4315).

Alla luce dell’enunciato principio di diritto, risulta evidente che alla indicata concorrente non poteva essere consentito di ovviare all’omessa produzione di documentazione essenziale ai fini dell’ammissione alla gara (dichiarazioni concernenti il possesso dei requisiti generali) mediante il ricorso al soccorso istruttorio e ciò non tanto perché il detto istituto non era contemplato dalla lex specialis della gara, come sostiene l’appellante, quanto perché il rimedio in parola non può essere utilizzato, giusta quanto sopra rilevato, per sanare la mancanza di dichiarazioni o documentazione da allegare, a pena di esclusione, alla domanda di partecipazione.”

Consiglio di stato n. 5488 del 28/12/2016

N. 05488/2016REG.PROV.COLL.

N. 03070/2016 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 3070 del 2016, proposto da: Selin s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati

Francesco Paoletti, Elisa Vannucci Zauli e Sara Navari, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Maresciallo Pilsudski, n. 118;

contro

I Care s.r.l. (già Azienda Speciale Pluriservizi Viareggio), in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Frati, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez, in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18; Comune di Viareggio, in persona del legale rappresentante in carica, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Studio Bertacca Engineering s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, e Ing. Luciano Bertacca, entrambi rappresentati e difesi dagli avvocati Biagio Giuseppe Ciollaro e Filippo Brunetti, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via XXIV Maggio, n. 43; Studio Tecnico Associato Del Bianco, Tabarrani, A. Bini, A. Bini, Bertuccelli, Baratti, Gabrielli e Massara (Studio Delta), in persona del legale rappresentante in carica, nonché Andrea Del Bianco, Simone Tabarrani, Andrea Bini, Alessandro Bini, Giampaolo Bertuccelli, Spartaco Baratti, Luca Gabrielli e Alessandro Massara, in proprio e quali soci dello Studio Delta, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Toscana – Firenze, Sezione I, n. 00355/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento dell'incarico professionale di responsabile del servizio di prevenzione e protezione e di ulteriori attività di consulenza tecnica in materia ingegneristica.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di I Care s.r.l., dello Studio Bertacca Engineering s.r.l. e dell'Ing. Luciano Bertacca;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 novembre 2016 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Francesco Paoletti, Gabriele Pafundi, su delega dell'avvocato Francesco Frati, e Filippo Brunetti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1, La Selin s.r.l. ha partecipato alla procedura negoziata bandita dalla Azienda Speciale Pluriservizi Viareggio per l'affidamento dell'incarico professionale di responsabile del servizio di prevenzione e protezione e di ulteriori attività di consulenza tecnica in materia ingegneristica, classificandosi dopo

lo Studio Bertacca Engineering s.r.l. (primo) e lo Studio Tecnico Associato Del Bianco, Tabarrani, A. Bini, A. Bini, Bertuccelli, Baratti, Gabrielli e Massara (c.d. Studio Delta, secondo).

L'Azienda Speciale Pluriservizi Viareggio ha, conseguentemente, affidato l'incarico alla Studio Bertacca Engineering s.r.l..

Avverso il provvedimento di aggiudicazione la Selin s.r.l. ha proposto ricorso al T.A.R. Toscana che, con sentenza 25/2/2016, n. 355, lo ha respinto.

Ritenendo la sentenza erronea e ingiusta, la Selin s.r.l. l'ha impugnata chiedendone l'annullamento e domandando la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato ai fini del subentro, nonché la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente.

Per resistere all'appello si sono costituiti in giudizio la I Care s.r.l. (già Azienda Speciale Pluriservizi Viareggio) e la Studio Bertacca Engineering s.r.l.

Con successiva memoria la Selin s.r.l. ha ulteriormente argomentato le proprie tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 17/11/2016 la causa è passata in decisione.

2. E' fondato il motivo di gravame con cui l'appellante deduce l'erroneità dell'impugnata sentenza nella parte in cui non ha accolto la doglianza con la quale era stato dedotto che la Studio Bertacca Engineering s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in conseguenza dell'omessa presentazione delle dichiarazioni in ordine al possesso dei requisiti generali relative all'ing. Luisa Santomaso e al p.i. Cristina Cipollini, indicate per l'esecuzione di alcune delle prestazioni oggetto del contratto da affidare.

La commissione di gara, in ciò avallata dal TAR adito, avrebbe, infatti, illegittimamente ammesso la citata concorrente a sanare le suddette lacune attraverso il ricorso istruttorio.

Un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, dal quale il Collegio non intende discostarsi, afferma che, nell'ambito dei procedimenti ad evidenza pubblica finalizzati all'affidamento di un contratto, il soccorso istruttorio non può essere utilizzato per sopperire a dichiarazioni (riguardanti elementi essenziali ai fini della partecipazione) radicalmente mancanti – pena la violazione della *par condicio* fra concorrenti - ma soltanto per chiarire o completare dichiarazioni o documenti già comunque acquisiti agli atti di gara (Cons. Stato, A. P., 25/2/2014, n. 9; Sez. V, 12/10/2016, n. 4219; 15/7/2016, n. 3153; 21/7/2015, n. 3605; 25/2/2015, n. 927; Sez. III, 24/11/2016, n. 4930; 17/11/2015, n. 5249; Sez. IV, 15/9/2015, n. 4315).

Alla luce dell'enunciato principio di diritto, risulta evidente che alla indicata concorrente non poteva essere consentito di ovviare all'omessa produzione di documentazione essenziale ai fini dell'ammissione alla gara (dichiarazioni concernenti il possesso dei requisiti generali) mediante il ricorso al soccorso istruttorio e ciò non tanto perché il detto istituto non era contemplato dalla *lex specialis* della gara, come sostiene l'appellante, quanto perché il rimedio in parola non può essere utilizzato, giusta quanto sopra rilevato, per sanare la mancanza di dichiarazioni o documentazione da allegare, a pena di esclusione, alla domanda di partecipazione.

3. Altrettanto fondato risulta il motivo diretto a censurare la sentenza nella parte in cui non ha accolto la doglianza con cui era stato dedotto che lo Studio Tecnico Associato Del Bianco, Tabarrani, A. Bini, A. Bini, Bertuccelli, Baratti, Gabrielli e Massara (c.d. Studio Delta) non avrebbe

potuto essere ammesso alla gara in quanto la domanda di partecipazione risultava sottoscritta soltanto da 4 degli otto professionisti associati da cui la stessa proveniva.

Al riguardo occorre premettere che la sentenza, a seguito della reiezione delle doglianze rivolte a contestare la posizione dell'aggiudicataria, ha rigettato nel merito il motivo diretto contro l'ammissione alla gara dello Studio Delta, pur avendolo preliminarmente dichiarato "*inammissibile per difetto di interesse*".

L'appellante, senza contestare esplicitamente la dichiarazione di inammissibilità, ha direttamente rivolto le proprie critiche contro la reiezione nel merito delle censure concernenti lo Studio Delta.

Ritiene la Sezione che nel particolare caso descritto, non occorresse una espressa censura della pronuncia in rito, posto che lo stesso TAR ha ritenuto di poter superare l'ostacolo processuale per decidere nel merito.

Va ancora rilevato che l'appello, diversamente da quanto sostenuto dalla Studio Bertacca Engineering s.r.l., non è generico, ma muove puntuali critiche alla sentenza.

Orbene, come più sopra anticipato, il mezzo di gravame merita condivisione.

Ed invero, contrariamente a quanto ritenuto dai giudici di prime cure, la riconducibilità dell'offerta dello Studio Delta a tutti i professionisti che ne fanno parte non può essere desunta dal fatto che nella busta contenente la domanda di partecipazione fossero inserite le dichiarazioni dei requisiti generali di tutti e otto gli associati, atteso che la sottoscrizione della domanda si configura come elemento infungibile, costituendo l'unica modalità attraverso cui il concorrente ne assume la paternità con le conseguenti responsabilità nei confronti della stazione appaltante.

Rappresentando la sottoscrizione elemento essenziale della domanda di partecipazione, non era consentito, giusta quanto più sopra rilevato, acquisire le firme mancanti mediante soccorso istruttorio.

4. In definitiva l'appello dev'essere accolto.

In riforma dell'impugnata sentenza va, conseguentemente, annullata l'aggiudicazione della gara a favore dello Studio Bertacca Engineering s.r.l..

Va, altresì, dichiarata, in accoglimento della domanda all'uopo proposta dall'appellante, l'inefficacia del contratto stipulato con l'aggiudicataria a decorrere dalla data di pubblicazione della presente sentenza, disponendo, inoltre, con la medesima decorrenza, il subentro nel contratto della Selin s.r.l.

Difatti:

a) la natura dell'incarico da svolgere non pone particolari ostacoli al subentro nel rapporto;

b) il contratto, stipulato in data 1/3/2016, ha una durata triennale, per cui una notevole parte del medesimo dev'essere ancora eseguita.

5. L'appellante ha, inoltre chiesto la condanna della stazione appaltante al pagamento dei danni derivanti dalla mancata esecuzione delle prestazioni contrattuali già svolte dalla Studio Bertacca Engineering s.r.l., con interessi e rivalutazione sulla sorte capitale.

Al riguardo la I Care s.r.l. deduce che la domanda sarebbe inammissibile perché introdotta soltanto in appello.

L'eccezione è, tuttavia, infondata.

Nel presente grado di giudizio l'appellante si è semplicemente limitata a ridurre l'istanza risarcitoria già formulata davanti al TAR, chiedendo la sola liquidazione dei danni relativi alle prestazioni già svolte dalla controinteressata aggiudicataria.

La domanda risarcitoria può, dunque, essere esaminata nel merito dove risulta fondata.

Le controparti appellate si difendono sul punto sostenendo che la società appellante non avrebbe provato il danno di cui chiede il ristoro, così che le pretese risarcitorie sarebbero dunque destituite di fondamento; ma la tesi non è condivisibile.

Se è vero che anche nel processo amministrativo vale l'onere della prova (art. 64 c.p.a. e, con specifico riguardo alla materia dei contratti, art. 124, comma 1, del medesimo c.p.a.), la Sezione è dell'avviso che - sulla scorta di una valutazione di comune esperienza - il danno ingiusto sofferto dall'appellante sussista sicuramente nell'*an*, essendo, per dir così, *in re ipsa*, stante l'evidente pregiudizio economico che un'impresa subisce dalla illegittima mancata aggiudicazione - alla quale, invece, avrebbe avuto diritto - della gara cui ha partecipato (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 14/3/2016, n. 992; 30/7/2012, n. 4298): nel caso che occupa, esso si sostanzia, in via diretta ed immediata, nel fatto stesso di non aver potuto eseguire una parte di contratto.

Per quanto riguarda il *quantum* la Sezione ritiene che esso possa essere fissato, in via equitativa, nella misura di un terzo dell'utile dichiarato dalla stessa appellante in sede di offerta, per il periodo intercorrente dalla già avvenuta stipula del contratto fino all'effettivo subentro della appellante.

Trattandosi di danno da fatto illecito, sull'importo come sopra determinato dovranno essere corrisposti rivalutazione monetaria e interessi legali sul capitale via via rivalutato, dal momento della stipula del contratto con la Studio Bertacca Engineering s.r.l. sino all'effettivo soddisfo (Cons. Stato, Sez. V, 20/7/2016, n. 3281; 28/10/2015, n. 4934; 25/6/2014, n. 3220).

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Spese e onorari di giudizio, liquidati come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore della Studio Bertacca Engineering s.r.l..

Dichiara, inoltre, l'inefficacia del contratto stipulato con la detta società, a decorrere dalla data di pubblicazione della presente sentenza, disponendo, inoltre, con la medesima decorrenza, il subentro nel contratto dell'appellante.

Condanna la stazione appaltante al pagamento in favore dell'appellante del risarcimento dei danni secondo quanto specificato in motivazione.

Condanna ciascuna delle parti appellate costituite in giudizio al pagamento in favore dell'appellante delle spese processuali in favore nella misura di €. 4.000,00 (quattromila), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Oreste Mario Caputo, Consigliere

L'ESTENSORE
Alessandro Maggio

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO