

N. 01683/2015 REG.PROV.COLL.

N. 00232/2015 REG.RIC.



# REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 232 del 2015, proposto da:  
Archeo & Restauri S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Fabrizio Lofoco, con domicilio eletto presso Fabrizio Lofoco, in Bari, Via Pasquale Fiore, 14;

contro

Acquedotto Pugliese S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv.ti Monica Boezio e Raffaella Candela, con domicilio eletto presso Monica Boezio, in Bari, Via Cognetti, 36;

nei confronti di

Terrae S.r.l.;

per l'annullamento

previa sospensiva,

- del provvedimento n. 155 del 12 gennaio 2015 del Dirigente responsabile della Direzione Servizi centrali - Area Procurement, tecnici ed informatici dell'Acquedotto Pugliese S.p.A., con il quale veniva approvata l'aggiudicazione definitiva della gara n. 251/2014, indetta per l'affidamento di attività di scavo archeologico preliminari dell'impianto di depurazione e collettori di adduzione e scarico degli abitanti di Sava, Manduria e delle Marine di Manduria e realizzazione della condotta sottomarina, a favore della Terrae S.r.l., e dell'allegato parere, prot. 125493 del 28 dicembre 2014, avente ad oggetto le contestazioni elevate alla Archeo & Restauri S.r.l. in sede di gara;

- del provvedimento prot. 1900 del 12 gennaio 2015 del Dirigente responsabile della Direzione Servizi Centrali – Area Procurement, tecnici e informatici dell'Acquedotto Pugliese S.p.A., con il quale veniva comunicata l'aggiudicazione definitiva della gara *de qua* a favore della Terrae S.r.l.;

- di tutti i verbali di gara, in particolare i numeri 1 e 2 della seduta del 4 dicembre 2014;
- della lettera di invito a partecipare alla gara, n. prot. 251/2014 del 30 ottobre 2014, e degli atti ad essa connessi, ove ritenuti o divenuti lesivi, nella parte in cui e nell'eventualità che siano interpretati nel senso di consentire l'ammissione alla gara pur in assenza dei documenti ritenuti obbligatori ed, in ogni caso, ove interpretati in senso contrario alle prospettazioni della ricorrente;
- del provvedimento prot. 0014778 del 6 febbraio 2015, a firma del Direttore della Direzione servizi centrali Procurement – tecnici ed informatici dell'Acquedotto Pugliese S.p.A., con il quale veniva riscontrata l'istanza di preavviso di ricorso presentata il 23 gennaio 2015 dalla ricorrente;
- di ogni altro atto precedente, conseguente e comunque connesso a quelli impugnati, ancorché non conosciuto, ivi compresi gli atti endoprocedimentali, e del contratto ove stipulato in favore della Terrae S.r.l.;

nonché

per l'accertamento

del diritto della Archeo & Restauri S.r.l., seconda classificata, di subentrare alla Terrae S.r.l., previa esclusione della gara di quest'ultima, per carenza dei requisiti di partecipazione e per le molteplici illegittimità evidenziate in atti;

nonché

per la condanna

al risarcimento dei danni subiti e subendi per l'illegittima aggiudicazione alla controinteressata.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Acquedotto Pugliese S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 novembre 2015 il dott. Alfredo Giuseppe Allegretta;

Uditi per le parti i difensori avv.ti Fabrizio Lofoco; Monica Boezio e Raffaella Candela;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

Con ricorso, notificato in data 12 febbraio 2015 e depositato in Segreteria il successivo 18 febbraio, la ricorrente Archeo & Restauri S.r.l. adiva il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia,

Sede di Bari, al fine di ottenere l'annullamento degli atti e provvedimenti meglio indicati in oggetto e le connesse pronunce dichiarative e di condanna.

Esponesse che, con lettera di invito del 30 ottobre 2014, l'Acquedotto Pugliese S.p.A. aveva invitato n. 7 operatori economici iscritti sul portale AQP e qualificati nel proprio Sistema di Qualificazione interno, istituito ai sensi dell'art. 232 del D.Lgs. n. 163/2006, a presentare offerta nella procedura negoziata svolta con modalità telematica per *"l'affidamento di attività di scavo archeologico preliminari all'esecuzione dei lavori di completamento delle reti fognarie ed adeguamento dell'impianto di depurazione e collettori di adduzione e scarico degli abitanti di Sava, Manduria e delle Marine di Manduria e realizzazione della condotta sottomarina"*.

Veniva prescelto quale criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso, ai sensi dell'art. 82, c. 2, lett. b) del D.Lgs. n. 163/2006, espresso mediante ribasso percentuale sull'importo posto a base d'asta.

Il termine ultimo per la presentazione delle offerte veniva fissato alle ore 12:00 del giorno 20 novembre 2014.

Entro tale termine di scadenza pervenivano nel sistema telematico n. 3 offerte, da parte delle seguenti ditte: Terrae S.r.l., Scavi dott. Giambattista Sassi e Archeo & Restauri S.r.l.

Nella prima seduta di gara, la Commissione aggiudicatrice procedeva all'esame della documentazione amministrativa presentata dalle ditte partecipanti.

La Commissione proseguiva a verificare la registrazione e l'accesso degli operatori economici alla piattaforma *on line*, nonché la creazione, la compilazione ed il caricamento sulla stessa dei documenti richiesti dal bando.

Nel corso di tali verifiche istruttorie, esaminando l'offerta della ditta Terrae S.r.l., odierna controinteressata, la Commissione dava atto che *"il concorrente ha generato nel sistema telematico il documento "Domanda di partecipazione", richiesto dalla lettera di invito, alla parte prima, lettera A.1), tuttavia in fase di allegazione ha nuovamente inserito il documento "Accettazione corrispettivo Gestore" al posto del predetto documento"*.

Tanto si ricavava dall'estratto della registrazione sequenziale e cronologica delle operazioni effettuate (c.d. *"log"*) del Portale Telematico.

La Commissione invitava la Società a produrre il documento, completo della sottoscrizione digitale, sempre tramite l'apposita funzione del Sistema Telematico.

Trattandosi di una forma di soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 38, c. 2 *bis* del D.Lgs. n. 163/2006, la stazione appaltante applicava la sanzione pecuniaria nella misura minima, pari all'uno per mille dell'importo a base di gara.

Nella stessa seduta veniva successivamente riscontrato che la documentazione presentata dalla ditta Scavi dott. Gianbattista Sassi, rispetto alla cauzione provvisoria, mancava del documento di riconoscimento del sottoscrittore e della documentazione attestante il relativo potere di firma.

La Commissione, in proposito, avviava il soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 46, c. 1 del D.Lgs. n. 163/2006 senza irrogare alcuna sanzione pecuniaria, in considerazione della natura non essenziale dell'irregolarità e in un'ottica di mero completamento del documento presentato in gara.

Ad entrambe la ditte veniva concesso un termine breve per lo svolgimento di tali attività.

Nella successiva seduta, la Commissione, verificata la conformità della documentazione integrativa ricevuta con modalità telematica, ammetteva entrambe le imprese.

Conclusa la disamina della documentazione amministrativa, si procedeva all'esame delle offerte economiche, all'esito del quale la Commissione di gara dichiarava aggiudicataria provvisoria la ditta Terrae S.r.l.

Da ultimo, con disposizione del 12 gennaio 2015, prot. n. 55/RAMs, la Stazione Appaltante procedeva alla comunicazione ai concorrenti dell'aggiudicazione definitiva in favore della medesima.

Con istanza datata 23 gennaio 2015, la società Archeo & Restauri S.r.l. proponeva preavviso di ricorso ex art. 243 bis D.Lgs. n. 163/2006.

Con nota del 6 febbraio 2015 prot. n. 14779, la Stazione Appaltante comunicava le proprie determinazioni su tale istanza, motivando sulla legittimità delle operazioni di gara e sulla intervenuta conseguente aggiudicazione in favore della società Terrae S.r.l.

Tanto premesso, con il presente ricorso giurisdizionale ed in relazione ai provvedimenti impugnati, la società Archeo & Restauri S.r.l. deduce in questa sede violazione e falsa applicazione degli artt. 38, c. 2 bis, e 46 del D.Lgs. n. 163/2006; violazione del principio della *par condicio* e di auto responsabilità; violazione e falsa applicazione dell'art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per disparità di trattamento, sviamento, erronea presupposizione di fatto e diritto, sostanzialmente dolendosi sotto i plurimi profili indicati dal comportamento di gara tenuto dalla Commissione aggiudicatrice nel caso di specie.

Con atto depositato in data 9 marzo 2015, si costituiva in giudizio l'Acquedotto Pugliese S.p.A., presentando memorie e documenti al fine di chiedere la reiezione del ricorso e della richiesta cautelare, in quanti inammissibili ed infondati.

Con ordinanza cautelare n. 147/2015 pronunciata dal Tribunale in epigrafe in data 11 marzo 2015, veniva respinta la richiesta di sospensiva degli atti e provvedimenti in oggetto presentata dalla società ricorrente.

Alla udienza pubblica del 18 novembre 2015 il ricorso veniva definitivamente trattenuto per la decisione.

Tutto ciò premesso in fatto, nel merito il ricorso è infondato e, pertanto, non può essere accolto.

Con unico motivo complesso, la cui disamina può essere svolta unitariamente, la ricorrente impugnava i provvedimenti indicati, sostenendo - sotto vari profili - l'utilizzo illegittimo, da parte della Stazione Appaltante, dell'istituto del soccorso istruttorio, ai sensi degli artt. 38, c. 2 bis, e 46 del D.Lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii..

Secondo la difesa della Archeo & Restauri S.r.l., la Società aggiudicataria veniva ammessa alla gara pur non avendone fatto formale istanza, in mancanza del modulo relativo alla domanda di partecipazione nell'ambito dei *files* pervenuti al sistema di "*on line procurement*" dell'Acquedotto Pugliese S.p.A..

Inoltre, durante la prima riunione in data 4 dicembre 2014, la Commissione aggiudicatrice rilevava la carenza, in relazione all'offerta presentata dalla Ditta Scavi dott. Giambattista Sassi del documento di riconoscimento del sottoscrittore della garanzia e della relativa attestazione del potere di firma, concedendole un termine breve per sanare l'irregolarità, in tal modo attivando il soccorso istruttorio, senza però imporre alcuna sanzione pecuniaria.

Malgrado anche l'offerta della società Terrae S.r.l. risultasse carente dei medesimi documenti, cionondimeno, l'Amministrazione non riteneva necessaria alcuna integrazione documentale.

Secondo la ricorrente, quindi, nel caso di specie risultavano essere stati palesemente violati il principio di parità di trattamento tra i concorrenti ed il principio di trasparenza.

La Stazione Appaltante giustificava il proprio comportamento procedimentale evidenziando di non aver disposto il soccorso istruttorio nei confronti della controinteressata, ex art. 46, c. 1, D.Lgs. n. 163/2006, in quanto aveva già nella sua disponibilità tutti gli elementi documentali relativi alla sottoscrizione della garanzia fideiussoria, in ossequio all'art. 18, c. 2, L. 241/1990 e ss.mm.ii..

Per la ditta Scavi dott. Giambattista Sassi tale acquisizione d'ufficio non risultava essere stata possibile, in quanto in una precedente gara, a cui pure la menzionata ditta aveva partecipato, la garanzia era stata rilasciata da altra compagnia di assicurazione.

In relazione alla fattispecie in esame, è necessario premettere che è principio giurisprudenziale consolidato quello secondo cui, in materia di partecipazione a pubblici appalti, va mantenuta una distinzione netta tra l'attività di mera integrazione o di specificazione di dichiarazioni già rese in sede di gara (sempre possibile), rispetto all'ipotesi di integrazione documentale, non ammissibile in quanto lesiva della fondamentale regola della *par condicio competitorum*.

Infatti, laddove si tratti di esplicitare o di chiarire una dichiarazione o il contenuto di un documento già tempestivamente prodotto agli atti di gara, l'attività di integrazione non soltanto è consentita ma la stessa risulta dovuta, nel senso che la Stazione Appaltante è tenuta, in omaggio al principio di leale collaborazione codificato all'art. 46 del Codice dei contratti pubblici ed ai generali principi di correttezza e buona fede, a richiedere o a consentire la suddetta integrazione, in modo da rendere conforme l'offerta, anche in relazione al materiale documentale di corredo, a quanto richiesto dalla *lex specialis* di gara (cfr. *inter plures* Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2013, n. 1122).

Laddove, invece, l'impresa concorrente abbia integralmente omissso di presentare la documentazione la cui produzione era richiesta a pena di esclusione, il rimedio della regolarizzazione documentale, di cui all'art. 46 del Codice dei contratti pubblici, non può trovare applicazione.

In particolare, recita testualmente il comma 1 dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006: “*Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati*”.

L'inciso che si legge nell'*incipit* dell'articolo (“nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45”) esclude che tale istituto possa riferirsi a produzioni documentali necessarie per dimostrare il possesso dei requisiti di partecipazione, esso dovendo intendersi come necessariamente limitato a chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

Sul punto, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha precisato che il potere di soccorso istruttorio si sostanzia “*unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati,*

*documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli (...), chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti”, mentre “non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione” (cfr. Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014 n. 9).*

Osserva tuttavia il Collegio che, alla stregua dei principi generali che regolano il procedimento amministrativo, le istanze dei privati rivolte alla P.A. devono essere da questa esaminate in buona fede, per ciò che queste ultime sono nella loro sostanza, al di là d'ogni sterile rigorismo formale, tutte le volte in cui l'errore materiale eventualmente commesso sia agevolmente riconoscibile e sanabile dall'interessato attraverso una richiesta istruttoria di regolarizzazione (cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. VI 2 febbraio 2015 n. 462; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 3 febbraio 2015 n. 2002).

Giova, infine, ricordare, in relazione al caso di specie, l'art. 38, comma 2-bis, del D.Lgs. n. 163/2006, secondo cui *“La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara”.*

Nel caso di specie, l'applicazione della disciplina in materia di soccorso istruttorio è risultata essere legittima e pienamente rispettosa del disposto normativo ora citato.

Nel contesto della gara in esame risultava indiscutibilmente certa sia la volontà di ciascun concorrente di partecipare, sia la effettiva identità personale dei rappresentanti della società Terrae S.r.l..

La domanda di partecipazione era stata correttamente generata ed era nella materiale disponibilità della Stazione appaltante, sul Portale Telematico AQP, già dal 18 novembre.

Risulta, pertanto, evidente che solo per mero errore materiale, incorso nelle operazioni di presentazione in via telematica della domanda di partecipazione, la controinteressata non ha allegato il *file* in formato “*pdf*” della stessa, sottoscritto digitalmente, così come prescritto dal bando di gara.

Giungere da tale svista ad argomentare una asserita carenza di volontà di partecipazione appare costituire solo un artificio retorico, del tutto scisso dalla effettività dei comportamenti concreti tenuti dai partecipanti alla gara in esame.

Peraltro, le dichiarazioni relative al possesso dei requisiti generali di partecipazione, ex art. 38, c.1, D.Lgs. n. 163/2006, erano già in possesso della Stazione Appaltante perché acquisite in fase di iscrizione all'Albo Fornitori di AQP S.p.A..

Infondata è anche la censura relativa alla disparità di trattamento tra i concorrenti.

L'integrazione di elementi chiaramente non essenziali è stata necessaria solo per una delle ditte partecipanti.

Il soccorso istruttorio non occorre per la società Terrae S.r.l., perché l'Amministrazione procedente aveva già acquisito - ex art. 18, c. 2, L. 241/1990 e ss.mm.ii. - il documento di identità del sottoscrittore della garanzia fideiussoria, in quanto analoga garanzia era stata presentata in un'altra procedura di gara svoltasi poco tempo prima.

In particolare, come è noto, secondo il disposto normativo dell'art. 75, c.3, D.Lgs. n. 163/2006, i concorrenti non hanno alcun obbligo di allegare alla cauzione provvisoria ulteriore documentazione al fine di garantire la provenienza della polizza da parte della società che l'ha emessa e la conseguente validità dell'impegno assunto.

Sul punto, peraltro, la giurisprudenza dominante afferma che la mancanza della documentazione di cui si discute non integra in alcun modo la carenza di un elemento essenziale (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, ter, 10 giugno 2015, n. 8143; T.A.R. Toscana, sez. II, 18 marzo 2015, n. 444).

In virtù di quanto esposto, il motivo di ricorso complesso così come articolato deve essere integralmente respinto, in quanto infondato nel merito.

Conseguentemente, essendo stata dimostrata la legittimità degli atti e provvedimenti censurati con il ricorso introduttivo, non può trovare accoglimento l'introdotta domanda risarcitoria, non sussistendone i relativi presupposti.

Da ultimo, tenuto conto della peculiarità fattuale della questione esaminata e della limitata attività processuale svolta, con particolare riguardo al contenuto insieme degli argomenti di ricorso sollevati, ritiene il Collegio che le spese di lite possano integralmente compensarsi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia, Sede di Bari, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso principale, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 18 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Cocomile, Presidente FF

Maria Grazia D'Alterio, Referendario

Alfredo Giuseppe Allegretta, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/12/2015

IL SEGRETARIO

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