

ANCHE LE NORME DI CUI AL TERZO DECRETO CORRETTIVO DEL CODICE DEI CONTRATTI AVRANNO IMMEDIATA APPLICAZIONE, PUR NEL “SILENZIO” DELLA LEX SPECIALIS DI GARA

Che cosa significa “eterointegrazione” di un bando rispetto a modifiche della legge nazionale, magari diventate esecutive pochi giorni prima della sua pubblicazione? può essere colpa della Stazione Appaltante il non aver previsto l’attualità della nuova normativa? Se la mancata allegazione della dichiarazione di cui alla lettera m-bis è stata oggettivamente determinata dalla non menzione di tale dichiarazione nel bando, risulta corretta la decisione della Commissione di procedere ai sensi dell’art. 46 all’integrazione della documentazione mancante? è legittimo che la Stazione Appaltante abbia sciolto la riserva sulla base delle informazioni acquisite d’ufficio presso il casellario informatico, informazioni che hanno accertato l’insussistenza di provvedimenti di sospensione o di revoca delle attestazioni SOA ?

il bando di gara ed il relativo disciplinare dovevano essere interpretati ed applicati tenendo conto delle modifiche introdotte per effetto dell’entrata in vigore della novella di cui al D.lgs. n. 113/07, in quanto trattasi di norme entrate in vigore prima della pubblicazione del bando, la cui immediata operatività, per espressa previsione delle disposizioni transitorie (sia in termini generali dall’art. 253 del D.lgs. n. 163/06, che in particolare dall’art. 5 del D.lgs. n. 113/07) trovano applicazione anche per le gare bandite e pubblicate successivamente all’entrata in vigore delle nuove disposizioni circa i requisiti di partecipazione alle pubbliche gare. Poiché il bando di gara è stato pubblicato successivamente alla data di entrata in vigore della novella legislativa più volte richiamata, non sussistono dubbi in merito all’immediata operatività, anche nella procedura in esame, delle nuove disposizioni di cui all’art. 38. Tale considerazione porta a concludere nel senso che il bando ed il relativo disciplinare, di per sé non illegittimi per le ragioni di cui sopra, dovevano essere interpretati ed applicati da parte della Commissione giudicatrice tenendo conto delle modifiche apportate dal D.lgs. n. 113/07 ed in tal senso si è ritenuto di utilizzare il termine di “eterointegrazione” del bando, proprio a significare l’automatico inserimento delle norme a valenza imperativa introdotte per effetto della novella normativa. In tali termini va quindi richiamato e confermato l’orientamento giurisprudenziale **circa la possibilità di eterointegrare, anziché annullare, il bando di gara per effetto di norme esterne aventi carattere di norme imperative, di immediata applicazione, indipendentemente dal loro richiamo espresso da parte della lex concorsualis.** **P’incompletezza documentale risulta addebitabile non all’incuria della ditta concorrente, bensì ad un errore della Stazione Appaltante, errore (peraltro determinato dall’entrata in vigore delle nuove disposizioni pressoché in concomitanza con le operazioni di pubblicazione del bando) che ha ingenerato un legittimo affidamento in capo alla quasi totalità delle ditte concorrenti circa la correttezza ed esaustività della documentazione presentata per la partecipazione alla gara.** Premesso che la mancata allegazione della dichiarazione di cui alla lettera m-bis è stata oggettivamente determinata dalla non menzione di tale dichiarazione nel bando, ***risulta corretta la decisione della Commissione di procedere ai sensi dell’art. 46 all’integrazione della documentazione mancante, in applicazione dei principi generali sulla massima partecipazione alle pubbliche gare nonché dei principi di buona fede e tutela dell’affidamento, affidamento ingenerato – come sopra ricordato – proprio dal comportamento dell’amministrazione in occasione dell’elaborazione della lex specialis.***

Merita di essere segnalata la sentenza numero 2881 del 17 settembre 2008, emessa dal Tar Veneto, Venezia ed in particolar modo il seguente passaggio:

< Quanto sopra sposta quindi il problema sulla legittimità dell'operato della Commissione e quindi delle successive determinazioni assunte dalla Stazione Appaltante circa l'ammissione con riserva delle ditte partecipanti che non avevano reso la dichiarazione circa i requisiti di partecipazione conformemente al nuovo dettato dell'art. 38 ed il successivo scioglimento della riserva per effetto delle informazioni assunte d'ufficio presso il Casellario informatico.

In merito va in primo luogo rilevato (ed il punto non è mai stato oggetto di contestazione da parte della ricorrente) che le dichiarazioni rese dalla controinteressata ai sensi dell'art. 38 fossero conformi a quanto richiesto dal bando e dal disciplinare di gara.

In tal senso quindi la posizione della controinteressata ATI (così come quella di tutte le altre partecipanti alla gara) è di formale conformità al contenuto della lex specialis, che puntualmente ha indicato il contenuto della dichiarazione da rendere, a pena di esclusione, con riferimento alla sussistenza dei requisiti di partecipazione.>

Il problema però è anche un altro.

Si chiede il Giudice...

la determinazione della Commissione di non escludere immediatamente le ditte che avevano reso la dichiarazione ex art. 38 conformemente al disciplinare, ma in assenza delle integrazioni operate dal D.lgs. n. 113/07, è stata correttamente assunta e se è stato altrettanto legittimo provvedere allo scioglimento della riserva di ammissione alla gara (con riguardo al raggruppamento risultato poi aggiudicatario provvisorio) sulla base delle integrazioni documentali successivamente acquisite?

La risposta è nella prescrizioni del disciplinare di gara:

< Al riguardo è necessario ricordare che le modifiche apportate al dettato dell'art. 38 da parte del D.lgs. n. 113/07 sono consistite nell'integrazione del disposto di cui alla lettera m) e nell'aggiunta della lettera m-bis).

Per effetto della modifica, la lettera m) dell'art. 38 risulta così formulata: “nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo dell'8 giugno 2001 n. 231 o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 36-bis, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248”, ove la parte aggiunta risulta riportata in corsivo.

La lettera m-bis) a sua volta ha introdotto la nuova prescrizione, avente il seguente tenore: “nei cui confronti sia stata applicata la sospensione o la revoca dell'attestazione SOA da parte dell'Autorità per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultanti dal casellario informatico”.

Orbene, esaminando il contenuto del disciplinare di gara, in particolare il punto 3. “Modalità di presentazione e criteri di ammissibilità delle offerte”, con riguardo al successivo punto 3) circa la dichiarazione sostitutiva circa i requisiti per partecipare alla gara, così come elencati dalla lettera aa) alla lettera ak), si rileva che alla lettera ae) viene richiesto espressamente di dichiarare di “non aver commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza...ed in particolare di non essere stati destinatari di provvedimenti interdittivi previsti dall'art. 36 bis del D.L. 4/7/2006, n. 223, convertito dalla Legge 04/08/2006, n.448”.

Il confronto fra la disposizione contenuta nel disciplinare di gara e la novella apportata alla lettera m) dell'art. 38 del D.lgs. n. 163/2006 dal D.lgs.n. 113/2007, rende evidente che già nel disciplinare di gara

era contenuta la prescrizione che imponeva alle ditte partecipanti di dichiarare di non aver subito provvedimenti interdittivi ai sensi dell'art. 36 bis del D.L. n. 223/2006, convertito in L. n. 448/2006.>

Attenzione inoltre alle seguenti considerazioni

<A tale riguardo parte ricorrente contesta l'operato della Commissione che ha accertato d'ufficio l'insussistenza di cause ostative alla partecipazione con specifico riferimento a tale profilo, disattendendo quanto inizialmente disposto circa la possibilità di integrare la documentazione da parte dell'interessata.

Ritiene il Collegio che le doglianze a tale riguardo formulate non siano condivisibili, alla luce del dettato di cui all'art.46 del D.lgs. n. 163/2006 ed ai poteri che la stazione appaltante può esercitare ai fini di ovviare ad eventuali carenze documentali.

Invero, il caso di specie risulta del tutto particolare e ciò si riflette indubbiamente anche sulle procedure seguite per ovviare alle carenze riscontrate con riguardo alle dichiarazioni della controinteressata.

Va, infatti, richiamato quanto in precedenza osservato circa la necessità di garantire la massima partecipazione e soprattutto di assicurare la tutela dell'affidamento ingenerato nei concorrenti da parte dell'amministrazione in occasione dell'elaborazione del bando e del relativo disciplinare.

Premesso che la mancata allegazione della dichiarazione di cui alla lettera m-bis è stata oggettivamente determinata dalla non menzione di tale dichiarazione nel bando, risulta corretta la decisione della Commissione di procedere ai sensi dell'art. 46 all'integrazione della documentazione mancante, in applicazione dei principi generali sulla massima partecipazione alle pubbliche gare nonché dei principi di buona fede e tutela dell'affidamento, affidamento ingenerato – come sopra ricordato – proprio dal comportamento dell'amministrazione in occasione dell'elaborazione della lex specialis.

Nondimeno risulta priva dei vizi denunciati la decisione assunta dalla Commissione di sciogliere la riserva sulla base delle informazioni acquisite d'ufficio presso il casellario informatico, informazioni che hanno accertato l'insussistenza di provvedimenti di sospensione o di revoca delle attestazioni SOA con riguardo alla controinteressata>

Chi fa da sé.....

< L'avvenuto accertamento – in termini oggettivi – dell'insussistenza delle cause ostative alla partecipazione con riguardo ai requisiti di cui alla più volte richiamata lettera m-bis dell'art. 38 ha quindi consentito di superare la carenza documentale, senza incidere sulla par condicio, trattandosi di dati direttamente ricavabili dalle informazioni rinvenibili a seguito della consultazione del casellario informatico, così come avvenuto.>

A cura di Sonia Lazzini

**Ricorsi nn. 2348/2007 e 94/2008
Sent. n. 2881/08**

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, prima
sezione, con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso -Presidente
Italo Franco - Consigliere
Alessandra Farina -Consigliere, relatore

**Avviso di Deposito
del
a norma dell'art. 55
della L. 27 aprile
1982 n. 186
Il Direttore di Sezione**

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sui ricorsi nn. 2348/2007 e 94/2008, proposti da **ALFA Costruzioni S.r.l.** in proprio e quale capogruppo mandataria della A.T.I. costituenda con **ALFA1 Costruzioni S.r.l.**, **ALFA2 S.r.l.** e **ALFA3 Ettore S.r.l.** quali mandanti, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avv. Alessandro Plata (quanto al solo ric. n. 2348/07) e Paolo Pettinelli, con elezione di domicilio presso lo studio del secondo in Mestre-Venezia, Piazzale Leonardo da Vinci, 8,

contro

la **Fondazione Giorgio Cini ONLUS** di Venezia in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Pavanini e Valeria Zambardi, con elezione di domicilio presso lo studio degli stessi in Venezia, S. Croce 205,

e nei confronti

di **BETA S.r.l.** in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria dell'A.T.I. costituita con **BETA1 S.r.l.** e **BETA2 S.r.l.** in persona dei

legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avv. Alfredo Bianchini in Venezia, Piazzale Roma 464;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 2348/07: del verbale di aggiudicazione provvisoria del 26.9.2007, Rep. N. 96115, Raccolta n. 20850 del Notaio Candiani di Venezia; della “relazione informale” della Commissione di gara del 26.9.2007, non conosciuta; della nota, non conosciuta, con la quale il Prof. Pasquale G. della Fondazione Cini, ha richiesto la verifica alla Commissione di gara delle offerte dei concorrenti; della nota della commissione di gara dell'11.10.2007, avuta in visione in data 22.11.2007; della aggiudicazione definitiva all'A.T.I. BETA SRI-BETA1 Lavori di restauro Srl – BETA2 Srl, non conosciuta, comunicata con nota del 5.11.2007, prot. n. 264/07-D del Responsabile Ufficio Tecnico; del contratto di appalto, non conosciuta; nonché di ogni altro atto connesso, presupposto o conseguente; ed altresì per il risarcimento del danno;

quanto, invece, al ricorso n. 94/08: del bando di gara in data 2.8.2007; del disciplinare di gara in data 30.7.2007; nonché di ogni altro atto connesso, presupposto o conseguente; ed altresì per il risarcimento del danno;

visti i ricorsi, notificati il 28.11.2007 ed il 10.1.2008 e depositati presso la segreteria il 30.11.2007 ed il 17.1.2008 con i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di Fondazione Giorgio Cini ONLUS e dell'A.T.I. controinteressata, depositati presso la Segreteria

con i relativi allegati;

visti gli atti tutti della causa;

uditi alla pubblica udienza del 3 luglio 2008 (relatore il Consigliere Alessandra Farina) gli avvocati: Pettinelli per la parte ricorrente, Pavanini e Zambardi per Fondazione Giorgio Cini onlus e Bianchini per BETA S.r.l.;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con bando di gara pubblicato sul Supplemento alla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea S 150-186420 del 7 agosto 2007, nonché sul proprio sito Internet, la Fondazione Giorgio Cini Onlus indicava una gara, n. 2/2007, con procedura aperta per l'affidamento dei lavori, mediante contratto di appalto, per la ristrutturazione dell'edificio ex officine meccaniche da adibire a residenza collettiva con spazi comuni per ricercatori che utilizzano le strutture della Fondazione stessa.

Il criterio di aggiudicazione prescelto era quello di cui all'art. 82 del D.lgs. n. 163/2006 ossia quello del prezzo più basso.

Il bando di gara individuava le condizioni di partecipazione, con riferimento alle quali era richiesto in particolare che i concorrenti non si trovassero in alcuna delle cause di esclusione dalla partecipazione alle gare indicate dall'art. 38 del D.lgs. n. 163/2006, nei termini specificati dal disciplinare di gara.

Di conseguenza, con riguardo alla documentazione da allegare alla domanda di partecipazione a pena di esclusione, doveva essere

presentata anche una dichiarazione sostitutiva, resa ai sensi degli articoli 46 e 47 del D.P.R. n. 445/2000, indicante i requisiti di cui al punto III.2.3 lett. b) del bando di gara e l'attestazione di non trovarsi in una delle condizioni previste dal richiamato art. 38 del D.lgs. n. 163/2006, condizioni che venivano espressamente elencate dalla lettera aa) alla lettera ak).

Il bando ed il relativo disciplinare venivano spediti il 2 agosto 2007 e pubblicati il successivo 7 agosto 2007.

Peraltro, in data 1 agosto entrava in vigore il D.lgs. n. 113/2007 il quale modificava la lettera m), aggiungendo altresì la lettera m-bis), dell'art. 38 del D.lgs. n. 163/2006, introducendo ulteriori requisiti minimi generali di partecipazione alle pubbliche gare.

In base alla nuova formulazione della lettera m) dell'art.38, risulta inibita la partecipazione alle gare ai soggetti *“nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo dell'8 giugno 2001 n. 231 o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 36-bis, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248”*; mentre l'aggiunta della lettera m-bis), comporta altresì il divieto di partecipazione per i soggetti *“nei cui confronti sia stata applicata la sospensione o la revoca dell'attestazione SOA da parte dell'Autorità per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultanti dal casellario informatico”*.

Le modifiche testè riportate erano applicabili anche con riguardo alla gara de qua, stante la previsione di cui alla norma transitoria, per effetto della quale le norme richiamate entrano in vigore a decorrere dal giorno successivo alla loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, che nel caso di specie è avvenuta in data 1 agosto 2007 e quindi prima della pubblicazione del bando di gara, avvenuta, come sopra ricordato, il successivo 7 agosto 2007.

In tale quadro normativo la gara aveva svolgimento ed in data 26 settembre la Commissione giudicatrice, esaminata la documentazione pervenuta con le domande di partecipazione, dava atto della regolarità della stessa, fatta eccezione per una partecipante che veniva immediatamente esclusa per mancata dichiarazione dei requisiti di cui al punto III.2.3 del bando.

In tale sede il rappresentante dall'odierna ricorrente, ALFA Costruzioni Srl, rilevava che – ad eccezione dell'ATI ALFA Costruzioni, dell'ATI Cis snc (comunque già precedentemente esclusa) e dell'ATI Rossi Renzo Costruzioni – tutte le altre partecipanti avevano reso la dichiarazione sostitutiva, prevista dal bando a pena di esclusione, con riguardo al dettato normativo di cui all'art. 38, senza tener conto dell'intervenuta modifica legislativa e quindi risultavano mancanti delle dichiarazioni così come richieste dal decreto legislativo n. 113/2007.

Dette partecipanti dovevano, pertanto, essere immediatamente escluse dalla gara per aver omesso di dichiarare quanto prescritto a pena di esclusione dalla *lex specialis*, così come integrata per effetto

delle modifiche al contenuto dell'art. 38 del D.lgs. n. 163/2006 apportate dal D.lgs. n. 113/2007.

Di conseguenza, escluse tutte le altre ditte partecipanti alla gara, dovevano essere ammesse alla fase successiva soltanto la ricorrente ALFA Costruzioni e l'ATI Rossi Renzo Costruzioni.

Diversamente opinando, la Commissione, anziché pronunciarsi sulla questione, si riservava di chiedere informazioni integrative complementari ai concorrenti ai sensi dell'art. 46 del D.lgs. n. 163/2006 proprio alla luce della novella normativa introdotta con il D.lgs. n. 113/2007 : il che consentiva di procedere oltre con la gara e di valutare anche le offerte delle ditte ammesse con riserva.

Individuata l'offerta contenente il prezzo più basso, corrispondente a quella presentata dall'ATI rappresentata dalla ditta BETA Srl (pari al 25,100% di ribasso), determinata la soglia per la valutazioni di congruità ai sensi dell'art. 86 del D.lgs. n. 163/2006 (pari al 22,12%), la Commissione rimetteva gli atti alla Stazione Appaltante per ogni conseguente determinazione.

In data 27.9.2007 la ricorrente presentava istanza di accesso agli atti, ribadendo la propria tesi circa la necessità di provvedere alla immediata esclusione delle ditte partecipanti che non avevano presentato la dichiarazione così come richiesta dall'art.38 novellato.

Infine, con nota del 1 ottobre 2007 la Stazione Appaltante provvedeva a comunicare all'ATI ALFA che la gara era stata provvisoriamente aggiudicata all'ATI BETA.

Ottenuto l'accesso agli atti della procedura, la ricorrente poteva

apprendere che la riserva disposta dalla Commissione era stata sciolta a seguito delle informazioni assunte, con particolare riguardo all'inesistenza di sospensioni o revoche delle attestazioni SOA delle ditte ammesse sub condizione, ritenendo la conseguente inutilità di qualsiasi richiesta di integrazione documentale.

Con il primo dei due ricorsi indicati in epigrafe, n.2348/2007, la ditta ALFA, in proprio e quale capogruppo mandataria della A.T.I. costituenda con ALFA1 Costruzioni S.r.l., ALFA2 S.r.l. e ALFA3 Ettore S.r.l. quali mandanti, provvedeva quindi ad impugnare sia l'aggiudicazione provvisoria che quella definitiva della gara all'ATI costituita dalla ditta BETA, in qualità di mandataria, e da BETA1 S.r.l. e BETA2 S.r.l. in qualità di mandanti, nonché tutti gli atti della procedura, chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare, per i seguenti motivi:

- Violazione di legge; Violazione della *lex specialis* di gara, del punto III.2.1 del bando e dell'art. 3.3.) lett. a) del disciplinare di gara; Violazione dell'art. 253 del D.lgs. n. 163/2006, nonché dell'art. 3, comma 1 lett. e) del D.lgs. n. 113/07.

Richiamata la disposizione transitoria, la quale prevede che le norme contenute nel Codice dei contratti trovano applicazione nelle gare bandite successivamente alla data di entrata in vigore delle disposizioni in esso contenute, previsione valevole anche per le modifiche apportate di volta in volta al testo del codice, quindi anche con riguardo alla novella introdotta con il D.lgs. n. 113/07, parte ricorrente ribadisce quanto già opposto in sede di gara circa la

necessità di applicare anche con riguardo alla gara de qua le prescrizioni di cui all'art. 38 del D.lgs. n. 163/06 così come integrate dal D.lgs. n. 113/07, con la conseguente esclusione di tutte le ditte concorrenti che non avevano presentato le dichiarazioni necessarie, in quanto richieste a pena di esclusione, così come previsto dalla nuova formulazione della disposizione contenuta nell'art. 38.

- Violazione di legge con riferimento all'art. 46 del D.lgs. n. 163/06.

L'art.46 invocato da parte istante consente alle stazioni appaltanti di invitare i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto di certificati, documenti e dichiarazioni presentate ai sensi dell'art. 38 e seguenti.

Tale norma tuttavia non può essere applicata al fine di consentire la presentazione di dichiarazioni del tutto omesse dai partecipanti, pena la compromissione della par condicio.

Nel caso di specie la decisione della Commissione giudicatrice di ammettere con riserva le ditte che non avevano presentato le dichiarazioni in conformità del disposto dell'art. 38 novellato, non poteva trovare fondamento nella norma richiamata, non trattandosi di un'integrazione di documenti già presentati, bensì della presentazione ex novo di nuovi documenti in precedenza mancanti.

Da ciò l'illegittimità dell'operato della commissione che ha ugualmente ammesso alla gara le altre partecipanti, ritenendo di poter poi superare dette mancanze a seguito delle informazioni assunte circa le attestazioni SOA (peraltro omettendo di acquisire ogni informazione

circa la sussistenza dell'altro requisito di cui alla lettera m) dell'art.38 nella sua formulazione integrata).

- Eccesso di potere; Contraddittorietà tra atti del medesimo provvedimento. Violazione della *lex specialis* di gara e dell'art. 3).3 del disciplinare. Violazione di legge con riguardo all'art. 2 del D.lgs. n. 163/06 e dell'art. 7 della L. n. 241/90; Violazione della par condicio e dei principi di evidenza pubblica.

Sebbene la Commissione si fosse riservata di assumere informazioni complementari, di fatto la riserva è stata sciolta sulla base della ritenuta superfluità di ogni ulteriore integrazione documentale, attese le informazioni assunte mediante verifiche informali presso il casellario informatico.

Detto comportamento non solo risulta del tutto contraddittorio ed in violazione dei principi di trasparenza e par condicio, ma palesemente in contrasto con le garanzie di partecipazione.

Si costituivano in giudizio sia la Fondazione Cini che la controinteressata A.T.I. BETA, le cui difese, premesse alcune eccezioni preliminari di inammissibilità del ricorso, concludevano entrambe chiedendo la reiezione del ricorso e dell'annessa richiesta cautelare.

Con ordinanza n. 884/2007 la richiesta di sospensione dei provvedimenti impugnati veniva respinta dal Tribunale, stante la rilevata mancata impugnazione del bando di gara, nonché in considerazione del fatto che la controinteressata aveva prestato osservanza alle prescrizioni del bando stesso.

Ciò determinava la proposizione da parte della ditta ALFA del secondo ricorso indicato in epigrafe, n.94/2008, con il quale sono stati impugnati sia il bando che il disciplinare di gara.

Ritenuto preliminarmente in rito che l'impugnazione del bando e del disciplinare sono del tutto tempestive, non costituendo di per sé atti lesivi degli interessi facenti capo alla ricorrente, in quanto la lesione denunciata è stata determinata dall'applicazione delle prescrizioni in essi contenute operata dalla Commissione di gara che non ha provveduto ad integrarle con le nuove disposizioni introdotte dal D.lgs. n. 113/07; ribadito altresì il proprio interesse strumentale ad agire onde rimettere in discussione il rapporto, tenuto conto anche del fatto che, laddove si fosse disposta l'esclusione delle altre ditte, la ricorrente sarebbe risultata miglior offerente; parte ricorrente ha nuovamente svolto le proprie argomentazioni, così come già esposte in occasione del primo ricorso, in particolare con il primo motivo di doglianza, circa l'immediata applicazione della novella normativa introdotta con riguardo all'art. 38 dal D.lgs. n. 113/07.

Da ciò la denunciata illegittimità degli atti impugnati proprio in quanto non eterointegrati con la novella legislativa, trattandosi di norme imperative che dovevano trovare immediata applicazione anche in assenza di un esplicito rinvio da parte della *lex specialis* di gara.

Anche in occasione del secondo ricorso si sono costituite in giudizio la Fondazione Cini e la ditta BETA, le cui difese hanno eccepito preliminarmente la tardività del ricorso, salvo concludere in ogni caso per il suo rigetto, stante la legittimità dell'operato

dell'amministrazione.

Ciò anche alla luce del comportamento tenuto dalle partecipanti alla gara, le quali hanno comunque reso la dichiarazione circa i requisiti di cui all'art. 38 così come richiesto testualmente dal disciplinare di gara, da cui l'esigenza, ponderata dalla Commissione giudicatrice, di salvaguardare l'affidamento dei partecipanti a fronte dei dati richiesti dalla stessa Stazione Appaltante, in tal modo garantendo la massima partecipazione.

Con ordinanza n. 73/08 il Tribunale accoglieva la richiesta di sospensione cautelare degli atti impugnati con il secondo gravame, ordinanza successivamente riformata in sede di appello dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 1827/2008.

Con ulteriori memorie la parti hanno precisato le rispettive argomentazioni difensive.

All'udienza del 3 luglio 2008 entrambi i ricorsi sono stati trattenuti in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente si dispone la riunione dei due ricorsi indicati in epigrafe, essendo evidente la loro connessione soggettiva ed oggettiva, la quale richiede una trattazione congiunta.

Come ricordato nell'esposizione in fatto, con i due ricorsi indicati in epigrafe la ricorrente ALFA Costruzioni lamenta l'illegittimità della procedura di gara che ha individuato quale aggiudicataria la controniteressata ATI BETA.

Le doglianze di parte ricorrente si sono rivolte inizialmente avverso

i provvedimenti, rispettivamente, di aggiudicazione provvisoria e quindi definitiva, salvo successivamente orientarsi, mediante la proposizione del secondo gravame, anche avverso il bando ed il disciplinare di gara.

Le argomentazioni difensive di parte istante trovano sostanziale fondamento sulla necessità che la Commissione di gara, tenendo conto della novella legislativa introdotta, con specifico riguardo al dettato di cui all'art. 38 del D.lgs. n. 163/2006, in materia di condizioni per la partecipazione alle pubbliche gare, provvedesse alla immediata applicazione della norma nella formulazione novellata, accertando che le ditte in gara avessero presentato la relativa dichiarazione nei termini ed in conformità al nuovo contenuto dell'art. 38, così come integrato con riguardo alla lettera m ed all'aggiunta lettera m-bis.

Ciò avrebbe dovuto comportare l'esclusione dalla gara di tutte le concorrenti che non avessero reso in tali termini la dichiarazione circa l'insussistenza di impedimenti alla partecipazione, il che avrebbe determinato l'aggiudicazione della gara all'ATI facente capo alla ditta ALFA, la quale aveva presentato la propria dichiarazione conformemente al dettato dell'art.38 così come novellato per effetto dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 113/2007.

Sempre secondo la tesi di parte ricorrente, il comportamento della Commissione risulta in ogni caso illegittimo, non solo per il fatto di non aver considerato l'immediata ed attuale vigenza delle modifiche apportate al dettato dell'art. 38 (sul punto verte peraltro il secondo ricorso proposto avverso il bando ed il disciplinare di gara), ma anche

per la decisione di consentire alle altre ditte partecipanti di integrare la propria dichiarazione, salvo poi provvedere d'ufficio a seguito degli accertamenti effettuati presso il Casellario informatico con esclusivo riferimento alla dichiarazione relativa all'attestazione SOA.

Ciò premesso, il Collegio ritiene di poter prescindere dall'esame delle eccezioni preliminari, diversamente articolate dalle difese resistenti con riguardo ad entrambi i gravami ed in ogni caso già deliberate in sede cautelare, attesa la ritenuta infondatezza dei ricorsi.

A tale conclusione il Collegio perviene sulla base delle seguenti considerazioni, che investono in primo luogo la legittimità del bando e del disciplinare di gara con riguardo all'entrata in vigore della novella di cui al D.lgs. n. 113/07 ed in secondo luogo la legittimità dell'operato della Commissione giudicatrice a seguito delle contestazioni formulate al riguardo dalla ricorrente in corso di gara.

Sul primo punto il Collegio ritiene, così come anticipato in sede cautelare, che il bando di gara ed il relativo disciplinare dovevano essere interpretati ed applicati tenendo conto delle modifiche introdotte per effetto dell'entrata in vigore della novella di cui al D.lgs. n. 113/07, in quanto trattasi di norme entrate in vigore prima della pubblicazione del bando, la cui immediata operatività, per espressa previsione delle disposizioni transitorie (sia in termini generali dall'art. 253 del D.lgs. n. 163/06, che in particolare dall'art. 5 del D.lgs. n. 113/07) trovano applicazione anche per le gare bandite e pubblicate successivamente all'entrata in vigore delle nuove disposizioni circa i requisiti di partecipazione alle pubbliche gare.

Poiché il bando di gara è stato pubblicato successivamente alla data di entrata in vigore della novella legislativa più volte richiamata, non sussistono dubbi in merito all'immediata operatività, anche nella procedura in esame, delle nuove disposizioni di cui all'art. 38.

Tale considerazione porta a concludere nel senso che il bando ed il relativo disciplinare, di per sé non illegittimi per le ragioni di cui sopra, dovevano essere interpretati ed applicati da parte della Commissione giudicatrice tenendo conto delle modifiche apportate dal D.lgs. n. 113/07 ed in tal senso si è ritenuto di utilizzare il termine di "eterointegrazione" del bando, proprio a significare l'automatico inserimento delle norme a valenza imperativa introdotte per effetto della novella normativa.

In tali termini va quindi richiamato e confermato l'orientamento già manifestato dal Tribunale (cfr. T.A.R. Veneto, I, n. 619/2006) circa la possibilità di eterointegrare, anziché annullare, il bando di gara per effetto di norme esterne aventi carattere di norme imperative, di immediata applicazione, indipendentemente dal loro richiamo espresso da parte della *lex concursualis*.

Quanto sopra sposta quindi il problema sulla legittimità dell'operato della Commissione e quindi delle successive determinazioni assunte dalla Stazione Appaltante circa l'ammissione con riserva delle ditte partecipanti che non avevano reso la dichiarazione circa i requisiti di partecipazione conformemente al nuovo dettato dell'art. 38 ed il successivo scioglimento della riserva per effetto delle informazioni assunte d'ufficio presso il Casellario

informatico.

In merito va in primo luogo rilevato (ed il punto non è mai stato oggetto di contestazione da parte della ricorrente) che le dichiarazioni rese dalla controinteressata ai sensi dell'art. 38 fossero conformi a quanto richiesto dal bando e dal disciplinare di gara.

In tal senso quindi la posizione della controinteressata ATI BETA (così come quella di tutte le altre partecipanti alla gara) è di formale conformità al contenuto della *lex specialis*, che puntualmente ha indicato il contenuto della dichiarazione da rendere, a pena di esclusione, con riferimento alla sussistenza dei requisiti di partecipazione.

Sotto tale profilo è quindi condivisibile l'assunto difensivo della controinteressata, nella parte in cui rileva che l'incompletezza documentale risulta addebitabile non all'incuria della ditta concorrente, bensì ad un errore della Stazione Appaltante, errore (peraltro determinato dall'entrata in vigore delle nuove disposizioni pressoché in concomitanza con le operazioni di pubblicazione del bando) che ha ingenerato un legittimo affidamento in capo alla quasi totalità delle ditte concorrenti circa la correttezza ed esaustività della documentazione presentata per la partecipazione alla gara.

Il che comporta la necessità di valutare se la determinazione della Commissione di non escludere immediatamente le ditte che avevano reso la dichiarazione ex art. 38 conformemente al disciplinare, ma in assenza delle integrazioni operate dal D.lgs. n. 113/07, sia stata correttamente assunta e se sia stato altrettanto legittimo provvedere

allo scioglimento della riserva di ammissione alla gara (con riguardo al raggruppamento risultato poi aggiudicatario provvisorio) sulla base delle integrazioni documentali successivamente acquisite.

Al riguardo è necessario ricordare che le modifiche apportate al dettato dell'art. 38 da parte del D.lgs. n. 113/07 sono consistite nell'integrazione del disposto di cui alla lettera m) e nell'aggiunta della lettera m-bis).

Per effetto della modifica, la lettera m) dell'art. 38 risulta così formulata: “nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo dell'8 giugno 2001 n. 231 o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, *compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 36-bis, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito , con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248*”, ove la parte aggiunta risulta riportata in corsivo.

La lettera m-bis) a sua volta ha introdotto la nuova prescrizione, avente il seguente tenore: “*nei cui confronti sia stata applicata la sospensione o la revoca dell'attestazione SOA da parte dell'Autorità per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultanti dal casellario informatico*”.

Orbene, esaminando il contenuto del disciplinare di gara, in particolare il punto 3. “Modalità di presentazione e criteri di ammissibilità delle offerte”, con riguardo al successivo punto 3) circa la dichiarazione sostitutiva circa i requisiti per partecipare alla gara, così come elencati dalla lettera aa) alla lettera ak), si rileva che alla

lettera ae) viene richiesto espressamente di dichiarare di “non aver commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza....*ed in particolare di non essere stati destinatari di provvedimenti interdittivi previsti dall’art. 36 bis del D.L. 4/7/2006, n. 223, convertito dalla Legge 04/08/2006, n.448*”.

Il confronto fra la disposizione contenuta nel disciplinare di gara e la novella apportata alla lettera m) dell’art. 38 del D.lgs. n. 163/2006 dal D.lgs.n. 113/2007, rende evidente che già nel disciplinare di gara era contenuta la prescrizione che imponeva alle ditte partecipanti di dichiarare di non aver subito provvedimenti interdittivi ai sensi dell’art. 36 bis del D.L. n. 223/2006, convertito in L. n. 448/2006.

Ne deriva che, come risulta nel caso di specie non essendovi contestazione al riguardo, essendo la dichiarazione resa dalla controinteressata conforme alle prescrizioni della *lex specialis*, con puntuale riguardo all’integrazione apportata alla lettera m) dell’art. 38, la dichiarazione risulta comunque conforme alle norme di legge in materia di partecipazione alle pubbliche gare.

Per le medesime ragioni va disatteso e superato quanto affermato dalla difesa istante circa l’omesso accertamento da parte della commissione della sussistenza di tali condizioni, in quanto profilo già oggettivamente risultante dalla documentazione resa dalla controinteressata, sul cui contenuto – lo si ribadisce – la difesa istante non ha svolto contestazioni.

Diversa è la questione relativa all’ulteriore dichiarazione da rendere per effetto dell’aggiunta della lettera m-bis), che riguarda l’assenza di

provvedimenti di sospensione o revoca dell'attestazione SOA per effetto della produzione di falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, così come risultanti dal casellario informatico.

A tale riguardo parte ricorrente contesta l'operato della Commissione che ha accertato d'ufficio l'insussistenza di cause ostative alla partecipazione con specifico riferimento a tale profilo, disattendendo quanto inizialmente disposto circa la possibilità di integrare la documentazione da parte dell'interessata.

Ritiene il Collegio che le doglianze a tale riguardo formulate non siano condivisibili, alla luce del dettato di cui all'art.46 del D.lgs. n. 163/2006 ed ai poteri che la stazione appaltante può esercitare ai fini di ovviare ad eventuali carenze documentali.

Invero, il caso di specie risulta del tutto particolare e ciò si riflette indubbiamente anche sulle procedure seguite per ovviare alle carenze riscontrate con riguardo alle dichiarazioni della controinteressata.

Va, infatti, richiamato quanto in precedenza osservato circa la necessità di garantire la massima partecipazione e soprattutto di assicurare la tutela dell'affidamento ingenerato nei concorrenti da parte dell'amministrazione in occasione dell'elaborazione del bando e del relativo disciplinare.

Premesso che la mancata allegazione della dichiarazione di cui alla lettera m-bis è stata oggettivamente determinata dalla non menzione di tale dichiarazione nel bando, risulta corretta la decisione della Commissione di procedere ai sensi dell'art. 46 all'integrazione della documentazione mancante, in applicazione dei principi generali sulla

massima partecipazione alle pubbliche gare nonché dei principi di buona fede e tutela dell'affidamento, affidamento ingenerato – come sopra ricordato – proprio dal comportamento dell'amministrazione in occasione dell'elaborazione della *lex specialis*.

Nondimeno risulta priva dei vizi denunciati la decisione assunta dalla Commissione di sciogliere la riserva sulla base delle informazioni acquisite d'ufficio presso il casellario informatico, informazioni che hanno accertato l'insussistenza di provvedimenti di sospensione o di revoca delle attestazioni SOA con riguardo alla controinteressata.

Invero, considerata la natura di tali attestazioni che comprovano sul piano oggettivo l'inesistenza di provvedimenti al riguardo a carico delle ditte operanti nel settore e contemperate le opposte esigenze di tutela della par condicio con quelle dell'affidamento e della trasparenza dell'operato della Pubblica Amministrazione nello svolgimento delle pubbliche gare, la procedura seguita risulta immune dai vizi denunciati.

L'avvenuto accertamento – in termini oggettivi – dell'insussistenza delle cause ostative alla partecipazione con riguardo ai requisiti di cui alla più volte richiamata lettera m-bis dell'art. 38 ha quindi consentito di superare la carenza documentale, senza incidere sulla par condicio, trattandosi di dati direttamente ricavabili dalle informazioni rinvenibili a seguito della consultazione del casellario informatico, così come avvenuto.

Sulla scorta di quanto sin qui dedotto, ritenuto che la procedura

seguita dall'amministrazione sia immune dai vizi denunciati, entrambi i ricorsi debbono essere respinti.

Sussistono in ogni caso giuste ragioni per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, I sezione, definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe riuniti li respinge.

Compensa integralmente tra le parti le spese e competenze del giudizio.

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

Così deciso in Venezia, nella camera di consiglio del 3 luglio 2008.

Il Presidente

L'Estensore

Il Segretario

SENTENZA DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....n.....

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

Il Direttore della Prima Sezione