Pubblicato il 18/11/2019

N. 00703/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00319/2019 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 319 del 2019, proposto da
Eredi Paci Gerardo Srl, in proprio e in qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) costituito con Paladini Marcello (mandante), rappresentata e difesa dall'avvocato Vittorio Miniero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Fabriano, rappresentato e difeso dall'avvocato Michela Ninno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Stacchio Impianti Srl., rappresentata e difesa dagli avvocati Ettore Notti, Antonio Romanello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Centrale Unica di Committenza Tra i Comuni di Fabriano, Unione Montana Esino Frasassi, Sassoferrato, Serra San Quirico non costituito in giudizio;

per l'annullamento

-del provvedimento di aggiudicazione assunto con Determina n. 512 del 15 maggio 2019;
-di tutti i verbali di gara e specificamente dei verbali n.1 e n. 2 con i quali si ammette a soccorso istruttorio l'impresa aggiudicataria;
- di ogni altro atto ulteriore, presupposto, connesso e/o consequenziale;

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Fabriano e di Stacchio Impianti S.r.l.;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 ottobre 2019 il dott. Giovanni Ruiu e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricorrente, in proprio e in qualità di mandataria del RTI costituita con Paladini Marcello (mandante), impugna l'aggiudicazione della gara, indetta dal Comune di Fabriano in data 14 dicembre 2018, per l'affidamento di "Interventi di efficientamento e adeguamento degli impianti di pubblica illuminazione delle Principali vie del capoluogo e della frazione di Albacina". La gara è stata svolta per tramite della Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Fabriano, Unione Montana Esino Frasassi, Sassoferrato, Serra San Quirico, Cerreto D'Esi, Cupramontana e Staffolo)
Partecipavano alla procedura sia il RTI ricorrente, sia l'odierna controinteressata, Impresa Stacchio Impianti Srl.
All'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa, la stazione appaltante rilevava che il progettista incaricato dall'Impresa Stacchio Impianti Srl per la progettazione esecutiva non aveva presentato il proprio DGUE (Documento di gara unico europeo) e, di conseguenza,

attivava il soccorso istruttorio, consentendo la integrazione successiva del documento mancante.

A seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio e della conseguente integrazione documentale da parte del professionista, la stazione appaltante, con determina n. 512 del 15 maggio 2019, ha aggiudicato la procedura di gara all'Impresa Stacchio Impianti SrL

Il provvedimento di aggiudicazione è contestato dal RTI, secondo classificato, con un unico e articolato motivo di ricorso, ove si deduce la violazione di legge e specificamente dell'art. 83 comma 9 ultimo periodo del d.lgs n. 50 del 2016 e degli artt. 14 comma 2 e 19 del Disciplinare di gara, nonché violazione del principio di par condicio degli operatori economici

Parte ricorrente afferma che il soccorso istruttorio sarebbe stato utilizzato al di fuori dei limiti stabiliti in materia dal d.lgs n. 50 del 2016 e dal disciplinare di gara. In particolare, la presentazione del DGUE da parte del progettista era richiesta a pena di esclusione ai sensi dell'art. 19 del disciplinare di gara. Inoltre, l'art. 14 comma 2 del citato disciplinare estende al progettista incaricato la necessità dei requisiti di qualificazione di cui all'art. 83 del d.lgs n. 50 del 2016. Dato che la controinteressata, qualificata esclusivamente per l'esecuzione dei lavori e non per la progettazione, ha comunicato in sede di gara l'intenzione di affidare la progettazione esecutiva a un progettista esterno (art. 14 comma 2 lett. c) del disciplinare) quest'ultimo avrebbe dovuto presentare il DGUE a piena di esclusione, come stabilito dal disciplinare di gara. Il tutto senza possibilità di soccorso istruttorio, configurandosi la mancanza del documento e non la mera incompletezza o la carenza dello stesso.

Si sono costituiti il Comune di Fabriano e la controinteressata, resistendo al ricorso.

Con ordinanza cautelare n. 152 del 24 luglio 2019 questo Tribunale ha respinto l'istanza cautelare, ritenendo che, a un sommario esame, la

stazione appaltante avesse utilizzato il soccorso istruttorio in maniera conforme a quanto disposto dall'art. 83 comma 9 c,p.a.

Alla pubblica udienza del 2 ottobre 2019 il ricorso è stato trattenuto in decisione

1 Preliminarmente, va affermata la tempestività del ricorso. Infatti, l'aggiudicazione è stata conosciuta il 31 maggio 2019, e il ricorso è stato notificato il successivo 1 luglio (quindi entro i termini di legge, dato che il 30 giugno era un giorno festivo). Per quanto riguarda l'interesse al ricorso, dagli atti di causa il RTI ricorrente risulta classificato al secondo posto nella procedura di gara (verbale n. 5 del 22 febbraio 2019) e ha un ovvio interesse all'esclusione dell'aggiudicataria.

2 Nel merito il ricorso è infondato. Il Collegio ritiene, come già affermato in sede cautelare, che la stazione appaltante abbia utilizzato correttamente i propri poteri di soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83 comma 9 del d.lgs n. 50 del 2016.

2.1 Sul punto è ormai da considerarsi pacifico in giurisprudenza che l'incompletezza del DGUE non comporta l'esclusione e può essere sanata tramite soccorso istruttorio, non avendo alcun riflesso sugli elementi essenziali dell'offerta (tra le tante decisioni Cons. Stato,VI 9 aprile 2019, n. 2344).

2.2 Nel caso in esame l'aggiudicataria Ditta Stacchio Impianti Srl, ha presentato nella busta A, contenente la documentazione amministrativa, solo la sua domanda di partecipazione e il proprio DGUE dichiarando, quanto alla progettazione, di volere indicare un soggetto di cui all'art. 46 del d.lgs. 50 del 2016 (art. 14 comma 2 lett.c del disciplinare di gara). L'incaricato è stato indicato con il solo nominativo "Come da DGUE allegato"" Il DGUE è poi risultato assente dalla busta.

2.3 Va rilevato che non vi è alcuna contestazione, nel ricorso, sul contenuto e la datazione del DGUE trasmesso, in seguito al soccorso istruttorio attivato dalla stazione appaltante, con PEC del 6 febbraio 2019. Il

documento, in atti, è firmato digitalmente e datato 16 gennaio 2019 (quindi precedente al termine per la presentazione delle offerte, scaduto il 30 gennaio 2019).

2.4 L'art. 83 comma 9 del d.lgs n. 50 del 2016 prevede, tra l'altro, che "… Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa."

2.5 Il Collegio ritiene che non si rientri nel caso di cui sopra. Difatti, nel caso in esame, la controinteressata ha regolarmente presentato nella busta A il proprio DGUE e indicato il soggetto incaricato della progettazione ex art. 46 del d.lgs. 50 del 2016, per il quale essa non era qualificata. Ha quindi dichiarato, sotto la propria responsabilità, il nominativo del soggetto e la presenza del DGUE. Il soggetto responsabile della documentazione da allegare è stato quindi evidenziato, così come è stata dichiarata la natura della documentazione omessa (DGUE).

2.6 Si tratta di un caso peculiare. Nella documentazione amministrativa è dichiarata l'esistenza del documento e il suo titolare, ma è omessa materialmente l'allegazione del DGUE. Il caso, ad avviso del Collegio, è differente da quello trattato dal Tar Umbria nella sentenza n. 190 del 2019, citata da parte ricorrente, dove la ditta esclusa aveva trasmesso in busta chiusa invece del DGUE in formato elettronico, unico requisito di prequalificazione previsto per la gara, un CD-ROM vuoto. Il Tar Umbira ha osservato, in quella sede, che la trasmissione di un supporto vuoto configura nel caso in esame un'irregolarità essenziale non sanabile ai sensi dell'ultimo periodo dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto non consente né l'individuazione del contenuto dell'atto né tanto meno l'individuazione del soggetto responsabile dello stesso, non essendo possibile – neanche facendo riferimento ai dati del mittente presenti sulla busta – ricollegare in modo certo ad un determinato soggetto che

rappresenti la società la volontà di quest'ultima di prendere parte alla procedura di gara di cui si discute (Tar Umbria 8 aprile 2019 n. 190).

2.7 Nel caso in esame, al contrario, come già accennato, la controinteressata indica, nella busta contenente la documentazione amministrativa, il nominativo del soggetto incaricato di eseguire la progettazione e deposita il proprio DGUE. La natura del documento omesso per il progettista (DGUE) è specificamente menzionata.

3 A parere del Collegio, l'omissione, pur rilevante, rientra nello spettro delle irregolarità sanabili ai sensi dell'art. 83 comma 9 citato. E' stato infatti omesso un documento individuato nel contenuto (DGUE) e nel suo titolare. Non vi sono altresì contestazioni sull'esistenza del DGUE del progettista alla data della presentazione dell'offerta e sulla presenza dei requisiti di qualificazione. Ne consegue che, anche se l'inserimento del DGUE nella busta contenente la documentazione amministrativa è previsto a pena di esclusione dal disciplinare di gara, non è individuabile, nell'attività della stazione appaltante, alcuna violazione del citato art. 83 comma 9 del d.lgs n. 50 del 2016 o della par condicio dei concorrenti, in quanto l'omissione in esame non può essere equiparata a "….carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa".

3.1 Del resto attualmente il soccorso istruttorio, ben al di là delle mere operazioni di formale completamento o chiarimento cui aveva riguardo l'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006, può riguardare le carenze di "qualsiasi elemento formale della domanda", ossia la mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità, quand'anche di tipo "essenziale", purché non involgente l'offerta economica o tecnica in sé considerata (Cons. Giust .Amm. 5 novembre 2018, n. 701, Cons. Stato, III 14 gennaio 2019 n,. 348). Ad avviso del Collegio è conforme a tale principio la decisione della stazione appaltante di applicare l'art. 83 comma 9 alla fattispecie in esame. Tale applicazione ha infatti consentito, in sede di soccorso istruttorio, di

sanare un’omissione documentale che si è rivelata formale, in quanto relativa a requisiti di cui non è contestata l’effettiva presenza al momento di scadenza del termine per la presentazione dell’offerta.

3 Per quanto sopra, il ricorso è infondato e deve essere respinto.

3.1 Sussistono le ragioni per la compensazione delle spese, in considerazione della novità del caso in esame.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 2 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Conti, Presidente

Tommaso Capitanio, Consigliere

Giovanni Ruiu, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Ruiu

IL PRESIDENTE
Sergio Conti

IL SEGRETARIO