



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 della Campania

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3352 del 2013, proposto da: Vigilanza San Paolino S.r.l., Secur Bull S.r.l., in persona dei rispettivi legali rapp.ti p.t., ,rappresentati e difesi dagli avv. Mario Guarino e Umberto Casale, domiciliate in Napoli presso la Segreteria del T.A.R. Campania;

***contro***

E.N.E.A. - Agenzia Nazionale per le Nuove Tecnologie Energia e Sviluppo Economico Sostenibile, in persona del legale rapp.te p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, domiciliata in Napoli, via Diaz, 11;

***nei confronti di***

Security Group S.C.A.R.L. in persona del legale rapp.te p.t.-n.c.

***per l'annullamento, previa adozione di misura cautelare***

del provvedimento n. 24765/2013 del 7.5.2013 di esclusione dalla gara per l'affidamento del servizio di vigilanza del Centro Ricerche di Portici E.N.E.A., nonché del provvedimento del 21.5.2013 con il quale è stata respinta l'istanza di

annullamento in autotutela, del disciplinare di gara e di ogni altro atto connesso e conseguente

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di E.N.E.A. - Agenzia Nazionale Per Le Nuove Tecnologie Energia e Sviluppo Economico Sostenibile;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 ottobre 2013 il dott. Fabrizio D'Alessandri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

Atteso che parte ricorrente ha impugnato il provvedimento n. 24765/2013 del 7.5.2013, che l'aveva esclusa dalla gara per l'affidamento del servizio di vigilanza del Centro Ricerche di Portici E.N.E.A., nonché il provvedimento del 21.5.2013 con il quale era stata respinta l'istanza di annullamento in autotutela e, ove e per quanto occorra, il disciplinare di gara ed ogni altro atto connesso e conseguente;

Visto che il ricorso è stato inizialmente incardinato dinanzi al T.A.R. Lazio Roma che, con ordinanza n. 2663/2013, ha declinato la propria competenza territoriale in favore del presente T.A.R., dinanzi al quale il giudizio è stato riassunto, con atto notificato l'1.7.2013 e depositato il 16.7.2013;

Rilevato, in via preliminare, come vada respinta l'eccezione di inammissibilità formulata dalla difesa dell' E.N.E.A., secondo la quale il ricorso introduttivo sarebbe inammissibile, perché notificato presso la sede dell'Ente e non presso l'Avvocatura dello Stato;

Ritenuto al riguardo che è irrilevante approfondire la questione se l' E.N.E.A. si avvalga del patrocinio necessario o di quello facoltativo dell'Avvocatura dello Stato, poiché:

- ove dovesse ritenersi sussistente il patrocinio necessario va fatta applicazione del principio generale espresso dall'art.156, terzo comma, del c.p.c. sulla sanatoria delle nullità e con effetti ex tunc, quando sia stato raggiunto lo scopo con la costituzione in giudizio dell'Avvocatura dello Stato nel corso del giudizio di primo grado (Ad. Plen., 16 dicembre 1980, n. 52; Cons. Stato Sez. VI, 17 luglio 2001, n. 3962), dovendosi applicare anche nelle liti con le Amministrazioni statali tale principio generale (cfr. Corte Cost., 8 luglio 1967, n. 97);

- ove dovesse ritenersi sussistente il patrocinio facoltativo, la notifica va considerata rituale, perché effettuata presso gli uffici dell'Ente;

Rilevato che l'articolo 46, comma 1, bis del codice dei contratti pubblici dispone che "La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte", prevedendo pure "che i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle";

Considerato che l'esclusione della ditta ricorrente è stata motivata dall'assenza di una dichiarazione sostitutiva attestante, ai fini di cui all'art. 86 del D.Lgs. n. 163/2006, che l'offerta fosse stata formulata "considerando il costo del lavoro calcolato sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva e

dalle norme in materia previdenziale e assistenziale applicabili”, prevista dal punto C, lett. o, del disciplinare di gara a pena di esclusione.

Atteso che l’omissione di tale dichiarazione non integra alcuna delle cause di esclusione tassativamente previste dal richiamato comma 1 bis dell’articolo 46 del codice dei contratti pubblici, non essendo la stessa espressamente prevista dal medesimo codice, dal relativo regolamento o da altre disposizioni di legge in materia;

Rilevato che tale dichiarazione relativa al costo del lavoro attiene solo alla valutazione di possibile anomalia dell’offerta ex art. 86 codice di contratti pubblici e che la stazione appaltante potrà effettuare tale valutazione, se del caso, in un momento successivo della procedura, in sede di verifica dell’anomalia, oppure a ovviare a tale omissione mediante richiesta di integrazione ex art. 46, comma 1, D.Lgs. n. 163/2006;

Considerato, altresì, che, dal punto di vista sostanziale, l’aspetto del costo del lavoro ai fini dell’anomalia dell’offerta non assume significato determinante tale da comportare l’esclusione in quanto, secondo giurisprudenza, il mancato rispetto dei limiti tabellari afferenti il costo del lavoro o, in mancanza, dei valori indicati dalla contrattazione collettiva, non determina l’automatica esclusione dalla gara pubblica dell’impresa alla quale si imputa tale trasgressione ma costituisce un importante indice di anomalia dell’offerta, che dovrà essere verificata mediante un giudizio complessivo di remuneratività, consentendo quindi all’impresa di fornire le proprie giustificazioni in merito (T.A.R. Piemonte Torino Sez. I, 26-02-2011, n. 214; cfr anche Cons. Stato Sez. VI, 29-05-2012, n. 3226; T.A.R. Piemonte Torino Sez. II, 24-05-2012, n. 596; T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. I, 19-04-2012, n. 387);

Ritenuto quindi che, in una visione sostanzialistica delle possibili cause di esclusione, l’aspetto formale dell’assenza della dichiarazione non può superare l’aspetto sostanziale in quanto l’assenza della condizione richiesta non

comporterebbe l'esclusione della concorrente ma imporrebbe comunque la concreta verifica dell'anomalia dell'offerta.

Attesa quindi la nullità della clausola del disciplinare, laddove prevede l'esclusione per l'omissione della dichiarazione e la conseguente illegittimità derivata del gravato provvedimento di esclusione e della sua successiva conferma, il ricorso va accolto, con assorbimento di ogni altro motivo di ricorso.

Ritenuto, in relazione alla peculiarità della controversia, di dover disporre la compensazione parziale delle spese di lite, nella misura del 50% , ponendo la parte non compensata (id est il residuo 50%) a carico della soccombente stazione appaltante E.N.E.A., liquidata come da dispositivo, oltre alla rifusione del contributo unificato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso e per l'effetto annulla il provvedimento n. 24765/2013 del 7.5.2013 di esclusione dalla gara per l'affidamento del servizio di vigilanza del Centro Ricerche di Portici E.N.E.A., ed il provvedimento del 21.5.2013 con il quale è stata respinta l'istanza di annullamento in autotutela, nonché dichiara la nullità in parte qua del disciplinare di gara laddove prevede l'esclusione per l'omissione della dichiarazione in oggetto.

Compensa parzialmente le spese di lite nella misura del 50% e per la parte restante, liquidata nella somma complessiva di euro 1.200,00 (milleduecento) oltre IVA e CPA, le pone a carico della resistente stazione appaltante E.N.E.A., che dovrà provvedere altresì al rimborso del contributo unificato nei confronti di parte ricorrente.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 30 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente FF

Guglielmo Passarelli Di Napoli, Consigliere

Fabrizio D'Alessandri, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/11/2013

IL SEGRETARIO

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