



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 Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4542 del 2008, proposto da:
Impreca Costruzioni s.r.l., in proprio e quale capogruppo
dell'associazione temporanea di imprese con C.S.I. s.r.l. e arch.
Annalisa D'Onofrio, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Maria D'Angiolella, presso cui
ha eletto domicilio in Napoli, viale Gramsci, 16;

contro

Comune di Sessa Aurunca, in persona del Sindaco p.t., rappresentato
e difeso dall'avv. Giuseppe Palma, presso il quale ha eletto domicilio
in Napoli, viale Gramsci, 10;

nei confronti di

Impresa Vincenzo Modugno s.r.l., in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Miani,

presso cui ha eletto domicilio in Napoli, via Toledo, 116;

per l'annullamento

I) con il ricorso introduttivo:

- del verbale di gara del 3 luglio 2008 del Comune di Sessa Aurunca recante esclusione dell'a.t.i. Impreca Costruzioni;
- del verbale di gara del 7 luglio 2008, del bando di gara e del disciplinare, nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e conseguente;

II) con i motivi aggiunti:

- della determinazione dirigenziale n. 364 del 15 luglio 2008 di aggiudicazione dell'appalto alla ditta Vincenzo Modugno.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Sessa Aurunca e dell'Impresa Vincenzo Modugno s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2010 il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto il dispositivo di sentenza n. 120 del 7 dicembre 2010;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Impreca Costruzioni s.r.l. ha partecipato, in costituenda

associazione temporanea di imprese (di seguito a.t.i.) con C.S.I. s.r.l. e con l'architetto Annalisa D'Onofrio (mandanti) alla procedura di gara indetta dal Comune di Sessa Aurunca (CE) per l'affidamento dei lavori di restauro del monumento Ponte Ronaco, sistemazione e riqualificazione ambientale dell'area circostante e via d'accesso, compresa la progettazione esecutiva ed il coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione, con importo a base d'asta di Euro 1.447.981,07.

Con riguardo alla cauzione provvisoria, il bando di gara prevedeva all'art. 11.4 che, a pena di esclusione, la firma del fideiussore dovesse essere autenticata da un notaio o "legittimata, come per legge" e dovesse richiamare altresì gli estremi dell'atto autorizzativo ad emettere fideiussioni per tipologia ed importi richiesti con specifica indicazione della sua attuale validità. Analoga previsione era contenuta inoltre nel disciplinare di gara (art. 4, lett. h), secondo cui costituiva causa di esclusione, tra l'altro, la carenza dell'autentica della firma del fideiussore e degli estremi dell'atto autorizzativo.

Con provvedimento adottato alla seduta di gara del 30 giugno 2008 il raggruppamento ricorrente è stato escluso per carenze documentali riferibili alla polizza assicurativa presentata per la cauzione provvisoria (in quanto non munita di autentica della firma dell'agente assicurativo secondo le menzionate previsioni della lex specialis) e per mancato possesso da parte della capogruppo Impreca s.r.l. delle caratteristiche previste dal bando per le società di ingegneria (pagina

7, lett. c del disciplinare di gara).

Avverso tale atto di estromissione insorge la ricorrente affidando il gravame ai motivi di diritto di seguito rubricati:

I) violazione e falsa applicazione del bando di gara, violazione dell'art. 75 D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, violazione degli artt. 1742 e seguenti del codice civile, violazione del principio di massima partecipazione alle gare pubbliche, eccesso di potere per errore sui presupposti, sviamento di potere e difetto di motivazione;

II) violazione e falsa applicazione dell'art. 46 D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, violazione del principio di massima partecipazione alle gare pubbliche, eccesso di potere per errore sui presupposti, sviamento di potere e difetto di motivazione;

III) difetto di motivazione, illogicità dell'azione amministrativa, violazione dell'art. 97 della Costituzione e dell'art. 3 L. 7 agosto 1990 n. 241;

IV) violazione e falsa applicazione dell'art. 75 D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, violazione del principio di massima partecipazione alle gare pubbliche, eccesso di potere per errore sui presupposti, sviamento di potere e difetto di motivazione;

V) in via subordinata, violazione e falsa applicazione dell'art. 53 D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, eccesso di potere per errore sui presupposti, sviamento di potere e difetto di motivazione, difetto di istruttoria, perplessità dell'azione amministrativa.

Con successivo atto di motivi aggiunti, la società ricorrente estende

l'impugnazione al provvedimento di aggiudicazione disposto in favore dell'Impresa Vincenzo Modugno s.r.l. (determinazione n. 364 del 15 luglio 2008) deducendo profili di illegittimità derivata e deduce inoltre autonomi vizi di legittimità per violazione dell'art. 3 D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34, dell'art. 90 D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, del bando e del disciplinare di gara nonché eccesso di potere.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Sessa Aurunca e la società controinteressata che contestano il dedotto e concludono per la reiezione del gravame.

Alla pubblica udienza del 6 dicembre 2010 la causa è stata trattenuta per la decisione, anticipata con dispositivo di sentenza n. 120 del 2010.

2. Con il primo profilo di illegittimità parte ricorrente contesta il motivo di esclusione riferito alla mancanza di autentica della sottoscrizione dell'agente della società HDI Assicurazioni, apposta in calce alla polizza fideiussoria prodotta come cauzione provvisoria. Secondo l'opzione ermeneutica sostenuta dall'istante, la fideiussione prodotta in sede di gara era conforme al bando: ciò in quanto, il contratto è stato sottoscritto dall'agente generale che è sempre legittimato "per legge" a spendere il nome della società assicurativa ai sensi dell'art. 1742 del codice civile.

Inoltre, la ricorrente contesta la legittimità e ragionevolezza stessa della clausola di bando che imponeva l'autentica della firma del fideiussore, per contrasto con il principio di massima partecipazione

alle gare d'appalto nonché con il divieto di aggravamento del procedimento.

3. Le doglianze sono infondate.

4. Con riferimento a casi analoghi, questo Tribunale (Sez. VIII, 2 aprile 2007 n. 3041 e Sez. II, 26 febbraio 2002 n. 1087) ha osservato che la contestata disposizione di bando è conforme alla previsione contenuta nell'art. 57 R.D. 23 maggio 1924 n. 827 ("Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato"), secondo cui "la validità delle cauzioni personali e del fideiussore deve essere riconosciuta e dichiarata dal pubblico ufficiale che l'accetta per conto dell'amministrazione". Sulla scorta di una tale previsione di legge, questo T.A.R. ha quindi ritenuto legittima l'esclusione dalla gara di appalto di una impresa per mancata autenticazione della firma posta sulla polizza fideiussoria, ritenendo tale adempimento, da un lato, di natura essenziale, per diretta derivazione dalla legge a tutela dell'interesse specifico della stazione appaltante, per altro verso, obbligato per la tutela dell'interesse anche degli altri soggetti partecipanti alla gara. In concreto, la presenza di un doppio interesse, per un verso posto a garanzia della stazione appaltante in relazione all'esatta individuazione del soggetto che garantisce, e per altro verso, riguardante la correttezza dell'intero procedimento di aggiudicazione, sotto forma del rispetto della par condicio, rende del tutto legittima una tale clausola.

5. Non appare condivisibile l'impugnazione in parte qua della lex

specialis (articolata con il primo e quarto motivo di gravame) e, in particolare, contrariamente a quanto dedotto dalla ricorrente, non possono trarsi argomentazioni di segno contrario dalla previsione contenuta nell'art. 75 D.Lgs. 163/2006 (che, in tema di cauzione provvisoria, non prescrive l'autentica di firma del soggetto che emette la fideiussione) né dal principio del favor participationis negli appalti pubblici o dal divieto di aggravamento del procedimento. Sul punto, il Collegio non ritiene di discostarsi dall'orientamento espresso dal Consiglio di Stato (Sez. IV, 30 dicembre 2006 n. 8265), secondo cui, in un contesto normativo in cui la legislazione in materia di appalti pubblici disciplina la cauzione provvisoria senza stabilire né vietare in alcun modo l'obbligo a carico dei partecipanti di autenticare la sottoscrizione della polizza fideiussoria, la clausola di cui si discute risulta legittimamente finalizzata alla tutela dell'interesse pubblico alla certezza sulla provenienza della garanzia e non può ritenersi un mero aggravamento procedimentale, rispondendo comunque a logiche ordinamentali, trasfuse anche in norme di legge.

6. Applicando tali principi al caso che occupa, non vi è dubbio che la polizza esibita in sede di gara dall'a.t.i. ricorrente non appare conforme alle prescrizioni di gara: difatti, essa non individua compiutamente il soggetto sottoscrittore, non specifica né il nominativo né la qualità dello stesso (essendo apposta una mera sigla su un timbro recante la scritta "Agenzia Generale 586/525 di Nola") ed è priva di autentica da parte del pubblico ufficiale, ovvero dell'atto

pubblico di certazione che è fidefacente fino querela di falso ex art. 2700 cod. civ. e che preclude de iure il disconoscimento della firma da parte del suo autore in sede processuale ai sensi dell'art. 2703 cod. civ. In altri termini, la documentazione prodotta non consente di identificare compiutamente il sottoscrittore dell'atto e di comprovarne i poteri assicurativi, in contrasto con il richiamato interesse pubblico alla esatta individuazione del soggetto che garantisce e quello riguardante la correttezza dell'intero procedimento di aggiudicazione ed il rispetto della par condicio.

6.1. Pertanto, dopo aver rilevato la citata carenza documentale ed in presenza di chiare disposizioni contenute nella disciplina di gara, la commissione ha legittimamente proceduto all'esclusione della ricorrente, non potendo procedere ad alcuna valutazione discrezionale sulla fungibilità della diversa documentazione presentata in sede di gara, secondo il principio generale della tassatività ed inderogabilità delle cause di esclusione espressamente statuite nella lex specialis dell'appalto (T.A.R. Campania Napoli, Sez. VIII, 9 marzo 2010, n. 1331).

7. Non merita condivisione la censura svolta con il secondo e terzo motivo di ricorso che attiene alla presunta violazione dell'art. 46 D.Lgs. 163/2006, in ragione del mancato esercizio del potere di richiedere la regolarizzazione della documentazione. In senso contrario, è agevole rilevare che l'onere di allegazione dell'autentica della firma del soggetto fideiubente, come si è visto, era

espressamente sanzionato a pena di estromissione dalla *lex specialis* di gara. Sul punto, l'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione non può considerarsi alla stregua di un'irregolarità sanabile e, quindi, non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali, tanto più allorquando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della legge di gara (Consiglio di Stato, Sez. V, 2 agosto 2010, n. 5084). Difatti, in presenza di una prescrizione chiara, quale quella in esame, la regolarizzazione costituirebbe violazione della *par condicio* fra i concorrenti.

7.1. Inoltre, la cauzione che correda l'offerta costituisce, ai fini dell'ammissione, una condizione vincolante e permanente fino all'aggiudicazione, posto che essa mira a garantire l'affidabilità dell'offerta, non solo in vista dell'eventuale aggiudicazione, ma anche, e in primo luogo, a tutela della serietà e della correttezza del procedimento di gara (T.A.R. Campania, Napoli, 26 febbraio 2002 n. 1087).

7.2. Nella fattispecie in esame, pertanto, non era possibile procedere ad alcuna regolarizzazione documentale, attesa da un lato, la natura essenziale della formalità in questione (richiesta direttamente dalla legge e dal bando a tutela dell'interesse specifico della stazione appaltante, concernente l'esatta individuazione del soggetto che si obbliga nei confronti dell'amministrazione appaltante) e, dall'altro, la

necessità di tutela dell'evidenziato interesse anche degli altri soggetti partecipanti alla gara (alla correttezza dell'intero procedimento di aggiudicazione).

8. Non si presta ad una favorevole valutazione la quinta doglianza articolata con il ricorso introduttivo, con la quale parte ricorrente lamenta la violazione dell'art. 53 D.Lgs. 163/2006 in quanto, trattandosi di appalto avente ad oggetto, tra l'altro, la progettazione esecutiva delle opere, il bando non indicava l'ammontare delle spese di progettazione, in violazione della menzionata prescrizione del codice appalti, secondo cui "quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione (...) Il bando indica i requisiti richiesti per i progettisti (...) e l'ammontare delle spese di progettazione comprese nell'importo a base del contratto".

8.1. In senso contrario, il raggruppamento ricorrente non ha motivo di dolersi del presunto vizio lamentato, sia perché non vengono specificati in alcun modo i profili di lesività della richiamata previsione del bando, sia perché, in quanto legittimamente escluso dalla gara, lo stesso risulta privo di legittimazione e carente di interesse dal momento che non può vantare un'aspettativa giuridica diversa e più qualificata di quella che si può riconoscere ad un qualunque altro soggetto che non abbia partecipato alla selezione e che aspira ad eseguire l'appalto, previa partecipazione ad una successiva gara e conseguente aggiudicazione della stessa.

9. Dalle considerazioni svolte discende che l'amministrazione ha

legittimamente proceduto alla esclusione dell'a.t.i. Impreca Costruzioni in ragione della scrutinata carenza documentale riferibile alla cauzione provvisoria.

9.1. Per l'effetto, si appalesa superfluo l'esame delle censure articolate con i motivi aggiunti avverso l'altro motivo di esclusione dalla gara (mancato possesso da parte della capogruppo Impreca s.r.l. delle caratteristiche previste dal bando per le società di ingegneria, secondo quanto previsto nel disciplinare di gara, pagina 7, lett. c). Difatti, trattandosi di provvedimento di esclusione c.d. "plurimotivato", la riconosciuta legittimità di una delle ragioni dell'atto è sufficiente a reggere il provvedimento di estromissione.

10. Il rigetto del ricorso avverso l'esclusione dalla procedura comporta altresì l'improcedibilità dell'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione in favore dell'Impresa Vincenzo Modugno s.r.l., non potendo il concorrente escluso vantare alcun interesse apprezzabile a perseguire l'annullamento di un'aggiudicazione alla quale non può più aspirare. La partecipazione alla gara d'appalto costituisce infatti il presupposto legittimante che radica nell'impresa concorrente l'interesse ad impugnare l'aggiudicazione, con la conseguenza che, venuto meno il suo titolo di partecipazione per esserne stata legittimamente esclusa, essa non può dedurre vizi concernenti la posizione dell'aggiudicatario.

11. In conclusione, ribadite le svolte considerazioni, il ricorso deve essere dichiarato in parte infondato e per il resto improcedibile.

12. Spese ed onorari di giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidati in dispositivo.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte infondato e per il resto improcedibile.

Condanna Impreca Costruzioni s.r.l. al pagamento delle spese ed onorari di giudizio che liquida in complessivi Euro 2.000,00 (duemila/00) in favore del Comune di Sessa Aurunca e dell'impresa Vincenzo Modugno s.r.l. (Euro 1.000,00 ciascuno).

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Alessandro Pagano, Consigliere

Gianluca Di Vita, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/01/2011

IL SEGRETARIO

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