



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

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 7038 del 2010, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Bretto Opere Stradali s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Palumbo, con
domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Davide Peluso, in Napoli, via F.
Giordani 23;

contro

Comune di Ottaviano, rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Nappo, con
domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Anna Nunziante, in Napoli, via S. Lucia,
36;

nei confronti di

Comer soc. coop. a r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Loffredo e
Francesco Liguori, presso i quali ha eletto domicilio in Napoli, via Cinthia, parco
San Paolo, 13;

per l'annullamento

del provvedimento del 5 novembre 2010 recante esclusione dalla gara per i lavori di riqualificazione di Viale Elena, Piazza Municipio, via Giovanni XXIII, via Cesare Ottaviano Augusto.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Ottaviano e della Comer soc. coop. a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2011 il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto il dispositivo di sentenza n. 482 del 27 gennaio 2011;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Premesso che il presente ricorso, trattato nell'udienza camerale per la domanda di concessione di misure cautelari, può essere deciso con sentenza in forma semplificata ai sensi degli artt. 60, 74 e 120 del codice del processo amministrativo, essendo maturo per la decisione di merito e sussistendo gli altri presupposti di legge;

Ritenuto di poter prescindere dalle eccezioni sollevate in rito dall'amministrazione resistente e dalla difesa della società controinteressata che deducono la inammissibilità per difetto dello ius postulandi, in ragione della nullità della procura a margine del ricorso, nonché per mancata impugnazione degli atti presupposti (lex specialis e verbali di gara) e per carenza di interesse in relazione alla c.d. "prova di resistenza";

Considerato invero che il gravame si appalesa infondato alla luce delle seguenti considerazioni:

- il gravato provvedimento di esclusione dalla procedura è stato legittimamente disposto alla luce della previsione contenuta nel disciplinare di gara (art. 2.2., lett. a.2, pagina 3 e art. 6, lett. b.4, pagina 9) che imponeva, a pena di esclusione, l'allegazione dell'autentica notarile alla fideiussione bancaria o assicurativa costituente la cauzione provvisoria;
- le ragioni della contestata estromissione sono chiaramente evincibili dall'atto impugnato e dal verbale di gara n. 3 del 19 ottobre 2010, con conseguente infondatezza della censura che attiene al difetto di motivazione;
- peraltro, parte ricorrente ammette di non aver allegato, sia pure per mero errore materiale, la prescritta autentica notarile alla polizza sottoscritta con la Finworld s.p.a. (intermediario finanziario iscritto nell'elenco speciale previsto dall'art. 107 D.Lgs. 1 settembre 1993 n. 385) e trasmessa alla stazione appaltante a corredo della documentazione di gara pur assumendo che detta autentica fosse presente nella documentazione in proprio possesso;
- per giurisprudenza consolidata, nelle gare per l'aggiudicazione di appalti vige il principio generale della tassatività ed inderogabilità delle cause di esclusione espressamente statuite nella lex specialis dell'appalto, non residuando alcun margine di discrezionalità per l'amministrazione: pertanto, allorquando la normativa di gara preveda l'esclusione dalla procedura selettiva per l'inosservanza di previsioni anche di carattere solo formale, la stazione appaltante è tenuta al rispetto delle norme a cui si è autovincolata e che essa stessa ha emanato sulla base di un giudizio di utilità procedimentale (Consiglio di Stato, Sez. V, 19 febbraio 2008 n. 567 e 30 dicembre 2006 n. 8262);
- non appare condivisibile la censura dedotta avverso la lex specialis per violazione del principio del divieto di aggravamento del procedimento amministrativo nonché per irragionevolezza ed illogicità della lex specialis, dal momento che, come statuito da questo Tribunale (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 14 gennaio 2011

n. 139 e 2 aprile 2007 n. 3041; Sez. II, 26 febbraio 2002 n. 1087), la contestata disposizione 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 della stazione appaltante, per altro verso, obbligato per la tutela 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;

- a fronte della chiara previsione contenuta nel disciplinare che richiedeva il suddetto adempimento a pena di esclusione, non merita condivisione la doglianza articolata dalla ricorrente che attiene al mancato esercizio del potere di integrazione della documentazione previsto dall'art. 46 D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, secondo cui *"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"*: tale argomentazione si infrange contro il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui il potere di integrazione istruttoria in corso di gara trova un limite nel principio della "par condicio" tra i concorrenti e pertanto non può essere utilizzato, come vorrebbe la ricorrente, per supplire alla inosservanza di adempimenti procedurali o alla omessa produzione di

documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 6 marzo 2006 n. 1068);

- alla luce delle deduzioni svolte, il ricorso deve essere dichiarato infondato per la parte che attiene alla impugnazione del provvedimento di esclusione della ricorrente.

Rilevato inoltre che debba essere dichiarata l'improcedibilità per carenza di interesse dei motivi aggiunti articolati avverso la mancata esclusione della società controinteressata Comer e la conseguente aggiudicazione disposta in favore di quest'ultima (che la ricorrente impugna per illegittimità derivata), non potendo il concorrente escluso vantare alcun interesse apprezzabile a perseguire l'annullamento di un'aggiudicazione alla quale non può più aspirare.

Spese ed onorari di giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidati in dispositivo a carico della ricorrente Bretto Opere Stradali s.r.l. (emendandosi sul punto la denominazione Bretto Costruzioni Stradali riportata nel dispositivo di sentenza n. 482/2011, trattandosi di mero errore materiale).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte infondato e per il resto improcedibile.

Condanna la Bretto Opere Stradali s.r.l. al pagamento delle spese ed onorari di giudizio in favore del Comune di Ottaviano e della Comer soc. coop. a r.l. che liquida in Euro 1.500,00 ciascuno.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2011 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 10/02/2011

IL SEGRETARIO

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