



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 il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n.6320 del 2011 proposto dalla srl Di Persio Costruzioni, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Claudio De Portu presso il cui studio in Roma, Via Flaminia n.354, è elettivamente domiciliata;

contro

il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato presso la cui sede in Roma, Via dei Portoghesi n.12, è domiciliatario;

Comune di Frascati, in persona del Sindaco pro-tempore, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Piccolo Costruzioni srl, in persona del legale rappresentante pro-

tempore, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avv.ti Antonio Bifulco e Luigi Cesaro ed elettivamente domiciliata in uno ai nominati difensori in Roma, Piazza della Croce Rossa n.2/c;

per ottenere:

A) L'ANNULLAMENTO:

1) del provvedimento con cui è stata disposta a favore della società controinteressata l'aggiudicazione definitiva della procedura aperta indetta dall'intimata amministrazione ed avente ad oggetto l'affidamento della progettazione esecutiva e della esecuzione dei lavori aventi ad oggetto la " Regimazione delle acque meteoriche località Macchia dello Sterparo - primo lotto- tratto "A" nel comune di Frascati;

b) di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale;

2) il SUBENTRO nel contratto eventualmente stipulato con la società controinteressata, previa dichiarazione di inefficacia dello stesso, ex art.121 (o in ipotesi 122) del cpa ovvero, in via subordinata, la CONDANNA della resistente amministrazione al risarcimento del danno per equivalente.

per l'annullamento

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e della srl Piccolo Costruzioni;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 febbraio 2012 il dott. Giuseppe Sapone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il proposto gravame la società ricorrente - la quale aveva partecipato alla procedura aperta indetta dall'intimato Ministero avente ad oggetto l'affidamento della progettazione esecutiva e della esecuzione dei lavori aventi ad oggetto la " Regimazione delle acque meteoriche località Macchia dello Sterparo - primo lotto- tratto "A" nel comune di Frascati - ha impugnato il provvedimento con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della suddetta procedura a favore della srl Piccolo Costruzioni.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi di doglianza:

- 1) Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 11 e 79 del D.lgvo n.163/2006 nonchè dell'art.121, comma 1, lett.c) del cpa. Eccesso di potere per difetto dei presupposti e grave ingiustizia;
- 2) Violazione e/o falsa applicazione dell'art.75 del D.lgvo n.163/2006. Violazione della legge di gara in tema di onere (a pena di esclusione) di presentare la cauzione provvisoria e secondo determinate forme (con riguardo, tra l'altro, al punto 6 del Disciplinare di gara). Eccesso di potere per difetto di istruttoria ed errore di fatto.

Si sono costituiti sia l'intimato Ministero che la società aggiudicataria

prospettando in primis la tardività e l'inammissibilità del proposto gravame e confutando nel merito la fondatezza delle prospettazioni ricorsuali.

Alla pubblica udienza del 15.2.2012 il ricorso è stato assunto in decisione.

In via pregiudiziale il Collegio è chiamato ad esaminare l'eccezione con cui la resistente amministrazione ha prospettato la tardività del proposto gravame.

In merito deve essere osservato che:

- a) il ricorso è stato notificato in data 8.7.2011;
- b) l'odierna istante afferma di aver avuto conoscenza dell'aggiudicazione definitiva intervenuta a favore della società controinteressata solamente in sede di accesso agli atti, effettuato in data 10 giugno 2011;
- c) l'amministrazione resistente ha fatto presente, al fine di giustificare la fondatezza della sollevata eccezione, di aver comunicato alla società ricorrente la contestata aggiudicazione con nota del 15.3.2011;
- d) con ordinanza n.2985 del 4.8.2011 la Sezione ha disposto a carico della suddetta amministrazione chiarimenti sul punto " con particolare riguardo alle modalità con cui è stata portata a conoscenza della società ricorrente la nota del 15.3.2011 e se esiste una relata di consegna della stessa";
- e) dalla documentazione versata agli atti in ottemperanza della

menzionata ordinanza non è dato evincere la sussistenza di alcuna relata di consegna, con la conseguenza che la dedotta eccezione, non essendo stata dimostrata la sussistenza dei presupposti fattuali su cui si basava, non è suscettibile di favorevole esame.

Da rigettare è altresì l'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse prospettata dalla società controinteressata, atteso che l'odierna istante ha dimostrato, senza essere minimamente contestata in merito, che in forza dell'esclusione della srl Piccolo Costruzioni sarebbe risultata aggiudicataria della gara de qua.

Nel merito risulta fondato il secondo motivo di doglianza con cui è stata contestata la mancata esclusione della controinteressata, la quale aveva presentato una polizza fideiussoria in contrasto con quanto previsto a pena di esclusione dalla lex specialis della gara de qua.

In punto di fatto deve essere sottolineato che:

a) il citato disciplinare stabiliva a pag. 6, punto 6 a pena di esclusione, che la cauzione provvisoria doveva essere pari al 2% dell'importo a base d'asta (comprensivo degli oneri di sicurezza e progettazione) ai sensi dell'art.75 del Codice dei contratti sotto forma di cauzione o di fideiussione a scelta del contraente e che l'impresa concorrente poteva avvalersi del beneficio previsto dall'art.40, comma 7, del codice de quo in base al quale "Le imprese alle quali venga rilasciata da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee della

serie UNI EN ISO 9000, usufruiscono del beneficio che la cauzione e la garanzia fideiussoria, previste rispettivamente dall'articolo 75 e dall'articolo 113, comma 1, sono ridotte, per le imprese certificate, del 50 per cento";

b) l'1% dell'importo a base d'asta ammontava ad Euro 9.568, 2166;

c) la cauzione presentata dalla controinteressata presentava un contrasto in sede di quantificazione dell'importo garantito tra quello indicato in lettere (euro 9.300) e quello specificato in cifre (euro 9.800).

Ciò considerato, il Collegio intende uniformarsi al recente insegnamento del Consiglio di Stato che con sentenza n. 4817 del 28 agosto 2011, pronunciata in relazione ad una controversia identica a quella in trattazione, ha affermato il principio che in caso di discordanza in sede di indicazione dell'importo garantito tra quello specificato in cifre e quello indicato in cifre, la cauzione deve "ritenersi inficiata da opinabilità per oggettiva incertezza in ordine all'importo garantito, si trattasse di mero errore materiale riconoscibile ovvero di effettiva divergenza della manifestazione di volontà, sicché era inidonea ad assolvere la sua stessa funzione di garanzia. Ciò perché non può comunque affermarsi con la massima certezza possibile, connaturale alla garanzia in questione (tanto da essere richieste dall'art. 4 del cit. disciplinare la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, co. 2, c.c. e l'operatività della polizza

stessa entro 15 giorni a semplice richiesta scritta della stazione appaltante), che nell'evenienza di inosservanza degli obblighi dell'offerente l'assicuratore corrispondesse senz'altro l'importo scritto in cifre, senza sollevare obiezioni di sorta".

Alla luce di tali argomentazioni, pertanto, la doglianza in questione è suscettibile di favorevole esame e la proposta impugnazione va accolta con assorbimento dell'altra censura prospettata.

Relativamente all'altra azione proposta, tesa ad ottenere l'accertamento del diritto della società ricorrente a stipulare il contratto relativo all'appalto de quo o, eventualmente, a subentrare alla controinteressata nel contratto se già stipulato, ovvero, in ulteriore subordine, ad ottenere il risarcimento del danno subito a seguito dell'illegittima aggiudicazione deve essere sottolineato che:

I) è pacifico, alla luce di quanto emerso in sede di discussione della controversia in esame, che la resistente amministrazione non ha stipulato nessun contratto con la srl Piccolo Costruzioni avente ad oggetto i lavori cui si riferiva l'aggiudicazione annullata;

II) la società ricorrente - che si era collocata al secondo posto della graduatoria finale - ha minuziosamente dimostrato, senza essere minimamente contestata in merito da entrambe le parti resistenti, che senza l'illegittima ammissione della srl Piccolo Costruzioni e la conseguente illegittima aggiudicazione a favore della stessa sarebbe risultata aggiudicataria della gara in questione;

III) in tale contesto, pertanto, ne discende, de plano, che va

riconosciuto il diritto della società ricorrente ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto de quo con conseguente stipula del relativo contratto, subordinatamente alla dimostrazione, se non già effettuata, del possesso dei prescritti requisiti di ordine generale e speciale richiesti dalla lex specialis.

Ciò premesso il proposto gravame va accolto.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 6320 del 2011, come in epigrafe proposto, lo accoglie, giusta quanto in motivazione indicato, e, per gli effetti, annulla la contestata aggiudicazione definitiva.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Giuseppe Sapone, Consigliere, Estensore

Davide Soricelli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/03/2012

IL SEGRETARIO

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