

N. 02057/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01274/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia
sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1274 del 2010, proposto da:
Castrovinci Costruzioni Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Marco
Mazzamuto, Riccardo Rotigliano, Salvatore Iacuzzo, con domicilio eletto
presso avv. Andrea Caponnetto, in Catania, v.le XX Settembre, 19;

contro

Provincia Regionale di Messina;
Assessorato Regionale ai Lavori Pubblici, rappresentato e difeso
dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata per legge in Catania, via Vecchia
Ognina, 149;

nei confronti di

Lupo' Costruzioni Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Fulvio Cintioli, con
domicilio eletto presso avv. Carmelo Toscano, in Catania, via della
Scogliera, 1;

per l'annullamento

- di tutti gli atti della procedura di gara indetta dalla Provincia Regionale di
Messina per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria della SP

167 dell'Ancipa;

- dei verbali di gara redatti dall'UREGA di Messina;

- della determinazione dirigenziale n. 9 dell'8 marzo 2010 con la quale sono stati approvati gli atti di gara ed adottato il provvedimento finale ex art. 10 DPRS 1/2005;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Assessorato Regionale ai Lavori Pubblici e di Lupo' Costruzioni Srl;

Visto il ricorso incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 luglio 2011 il dott. Francesco Bruno e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Provincia Regionale di Messina ha bandito una gara d'appalto per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria della SP 167 dell'Ancipa, e la ha aggiudicata a seguito di sorteggio all'impresa Lupo Costruzioni srl, mentre la Castrovinci Costruzioni srl è risultata seconda in graduatoria.

Gli atti di gara vengono impugnati col ricorso in epigrafe – ritualmente notificato e depositato – dalla Castrovinci Costruzioni srl per chiedere l'esclusione dell'aggiudicataria dalla procedura selettiva in base ai seguenti motivi di diritto:

1.- *Violazione del punto 9 del bando in relazione all'art. 30, co. 1, 2, 2 bis e 2 ter della L. 109/94 (testo coordinato);*

Si denuncia il fatto che la dichiarazione di impegno al rilascio della fideiussione, presentata dall'aggiudicataria per garantire l'esecuzione dei

lavori, sia stata redatta in conformità con lo schema Tipo 1.1. contemplato nel D.M. 123/2004, e dunque non contenga le clausole previste dall'art. 30, co. 1, 2, 2 bis e 2 ter, della L. 109/94 (come recepita in Sicilia), e richiamate espressamente dal bando, attinenti alla rinuncia al *beneficium excussionis*; all'operatività entro quindici giorni a semplice richiesta scritta della stazione appaltante; alla validità di almeno 180 giorni dalla presentazione dell'offerta; alla cessazione degli effetti alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio;

2.- *Violazione del disciplinare, busta A, punto 3 (DURC) – violazione del D.A. LL.PP. 26/2006 (come integrato dal Decreto 15 gennaio 2008) e del D.P.R. 445/2000;*

Si deduce la violazione delle norme di legge e della *lex specialis* indicate in rubrica in ragione del fatto che l'impresa aggiudicataria ha presentato una dichiarazione sostitutiva nella quale attesta che i documenti prodotti in copia, genericamente individuati, sono conformi all'originale. Tale *modus operandi* – denuncia la ricorrente – non sarebbe ammissibile in relazione alla copia del D.U.R.C. prodotta, atteso che il D.A. LL.PP. 26/2006 richiede a pena di esclusione o la produzione dell'originale, o di una copia dichiarata conforme all'originale ai sensi e con le modalità di cui al D.P.R. 445/2000.

Si è costituita in giudizio, per resistere, la controinteressata Lupo Costruzioni srl, che ha anche proposto ricorso incidentale mirante ad ottenere l'esclusione dalla gara della stessa impresa ricorrente in via principale, onde privarla della legittimazione ad impugnare l'aggiudicazione. Si è anche costituito in giudizio l'Assessorato Regionale Infrastrutture e Mobilità.

La Provincia Regionale di Messina non si è invece costituita.

Con ordinanza 901/2010 questa Sezione ha respinto la domanda cautelare avanzata col ricorso principale, sul rilievo che *“sulla base di un primo e sommario esame, (...) i vizi dedotti col ricorso principale non appaiono sufficienti a*

determinare l'esclusione dalla gara dell'aggiudicatario". La decisione è stata poi confermata in appello dal CGA con ordinanza n. 765/2010.

Alla pubblica udienza del 7 luglio 2011 il difensore della impresa controinteressata ha precisato che i lavori oggetto della gara d'appalto sono in atto in corso di svolgimento, in percentuale pari ad oltre i 2/3.

In quella data la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1.- Con il primo motivo di ricorso viene denunciata la violazione del punto 9 del bando in relazione all'art. 30, co. 1, 2, 2 bis e 2 ter della L. 109/94 (nel testo coordinato vigente in Sicilia).

La ricorrente premette, a tal fine, che l'art. 30 della L. 109/94 – la cui applicazione è richiamata nel punto 9 del bando – prescrive ai partecipanti alle gare l'onere di produrre una “cauzione provvisoria” (anche tramite fideiussione o polizza assicurativa) e l'impegno di un garante a rilasciare “garanzia fideiussoria definitiva” per l'ipotesi in cui il concorrente divenga aggiudicatario (cfr. art. 30, comma 1).

Entrambe le predette fideiussioni (o polizze assicurative) dovranno, inoltre, sempre in base alla richiamata normativa, avere le caratteristiche indicate nei commi 2 bis e 2 ter dell'art. 30, e segnatamente prevedere: a) la rinuncia al *beneficium excussionis*; b) l'operatività entro quindici giorni a semplice richiesta scritta della stazione appaltante; c) la validità della “cauzione provvisoria” pari ad almeno 180 giorni dalla presentazione dell'offerta; d) la cessazione degli effetti della “garanzia fideiussoria definitiva” alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio.

Nel caso di specie, assume la ricorrente che la impresa aggiudicataria Lupo Costruzioni srl non abbia rispettato le prescrizioni di legge, richiamate nel bando, in quanto l'<impegno fideiussorio per la cauzione definitiva> prodotto in gara è stato redatto in conformità allo schema Tipo 1.1 di cui al D.M. 123/2004, e non contiene pertanto le particolari clausole previste

nei citati commi 2 bis e 2 ter, non potendosi ritenere sufficienti allo scopo le indicazioni contrattuali riportate in calce alla scheda tecnica prodotta, dal momento che si tratta di clausole inserite spazialmente al di là della firma del sottoscrittore e dunque giuridicamente non attribuibili alla sua volontà.

La censura risulta infondata per diverse ragioni.

In primo luogo, si deve precisare che – alla stregua della richiamata normativa sui lavori pubblici vigente in Sicilia (cd. *testo coordinato*) – è richiesta ai concorrenti la presentazione di una duplice documentazione:

1) da una parte, la “cauzione provvisoria” pari al 2% dell’importo dei lavori, che copre il mancato adempimento degli obblighi ed oneri inerenti la partecipazione alla gara. Tale cauzione – ove prestata sotto forma di fideiussione o polizza assicurativa – dovrà rispettare le condizioni indicate *retro* sub a, b, c;

2) dall’altra, il (preventivo) impegno di un fideiussore a stipulare successivamente la garanzia personale per l’esatto adempimento degli obblighi derivanti dall’esecuzione dell’appalto, in misura pari al 10% dell’importo dei lavori, da produrre nell’ipotesi in cui il concorrente garantito sia dichiarato aggiudicatario, sottoscriva il contratto e divenga quindi “esecutore dei lavori”. Tale contratto di garanzia – la cui mancanza in fase di aggiudicazione determina la revoca dell’affidamento - dovrà rispettare le condizioni indicate *retro* sub a, b, d.

In sintesi, la normativa in esame - con riguardo alla fase della mera partecipazione alla gara - distingue tra una “cauzione provvisoria” dovuta da tutti i concorrenti, ed un “impegno unilaterale” del garante a stipulare la “fideiussione definitiva”, anch’esso posto a carico di tutti i concorrenti. Al momento dell’aggiudicazione, poi, si verifica la *condicio iuris* posta a corredo dell’impegno unilaterale, e quindi l’aggiudicatario dovrà fornire la garanzia fideiussoria, con le caratteristiche illustrate prima, a garanzia dell’esatto adempimento degli obblighi di esecuzione dei lavori.

In base a quanto fin qui precisato, allora, è agevole affermare che l'art. 30 richiede alcune caratteristiche contrattuali specifiche con esclusivo riguardo alla sia "cauzione provvisoria", sia al "contratto di fideiussione definitivo" – cioè al documento in cui si formalizza il rapporto di garanzia stipulato fra le parti, da produrre dopo l'aggiudicazione – e non con riferimento al mero impegno preventivo, che costituisce ancora un atto unilaterale attraverso il quale il fideiussore assume genericamente l'obbligo di stipulare in futuro il contratto di garanzia, senza indicarne in modo analitico e dettagliato (cioè, in tutte le sue clausole) il contenuto. In altri termini, la legge sembra aver adottato un regime differenziato – sotto il profilo della "completezza" ed "analiticità" dell'atto – distinguendo tra l'"impegno" alla stipulazione della fideiussione, ed il successivo "contratto di fideiussione"; solo quest'ultimo deve essere completo dei requisiti richiesti dalla legge.

Di tale differente regime giuridico si trae conferma anche dalla lettura del disciplinare della gara oggi in esame. Al punto 6, infatti, viene indicata tra i documenti da produrre a pena di esclusione per partecipare alla gara solo la "cauzione provvisoria" (cioè, quella concernente gli obblighi ed oneri di partecipazione alla gara) "*nella misura e nei modi previsti dai commi 1 e 2 bis dell'art. 30 del testo coordinato*". Mentre, lo stesso bando di gara – al punto 16, lett. h – impone solo all'aggiudicatario (e non al "semplice" concorrente) di prestare "*garanzia fideiussoria definitiva nella misura e nei modi previsti dall'art. 30, comma 2, del testo coordinato (...)*".

In più, la correttezza del *modus procedendi* seguito dalla Lupo Costruzioni srl emerge ulteriormente da un altro aspetto (anch'esso evidenziato in ricorso, ma che non può valere a sostenere le ragioni della ricorrente). Ci si riferisce alla circostanza che l'impegno fideiussorio (contenuto nell'art. 1, co. 2 del contratto prodotto) sia stato redatto in conformità allo schema Tipo 1.1 approvato col D.M. 123/2004, cioè in ossequio alla disposizione che ha approvato gli schemi generali da utilizzare per la prestazione della

“cauzione provvisoria” (schema tipo 1.1) e della “fideiussione definitiva” dovuta dall’aggiudicatario (schema tipo 1.2).

Ebbene, l’articolato contrattuale che disciplina il rapporto contiene tutte le prescrizioni specifiche previste dai richiamati commi 2 bis e 2 ter dell’art. 30 e riassunte *retro* sub a, b, c (cfr. l’art. 2, lett. b, e l’art. 4, del contratto di garanzia allegato, stipulato fra la controinteressata e la Fata Assicurazioni) ad eccezione della previsione sulla durata della fideiussione definitiva, riassunta *retro* sub lettera d. Ma, come abbiamo già rilevato in precedenza, e come confermano il c.s.a. ed il disciplinare di gara, quest’ultima indicazione non doveva essere fornita allo stato iniziale della procedura selettiva, trattandosi della clausola contrattuale che connota il contenuto di quella fideiussione per l’esatto adempimento dei lavori che deve essere presentata solo in caso di aggiudicazione dell’appalto.

In conclusione, l’impegno presentato dall’aggiudicataria nelle forme oggi contestate col ricorso non avrebbe potuto determinarne l’esclusione dalla gara per due ragioni: a) in primo luogo, in quanto le clausole previste dalla legge, e denunciate come mancanti, devono caratterizzare il contratto di fideiussione, e non già il semplice impegno unilaterale a stipularlo; b) in secondo luogo, perché la denunciata mancanza non costituisce, a termini del disciplinare di gara, un motivo di esclusione.

In base a quanto esposto, allora, la prima censura risulta infondata.

2.- Con il secondo motivo, parte ricorrente denuncia la violazione del disciplinare di gara (Busta A, punto 3), del D.A. LL.PP. 26/2006 e del D.P.R. 445/2000, in quanto l’aggiudicataria ha prodotto in copia una serie di documenti – genericamente individuati - per i quali ha allegato una unica dichiarazione sostitutiva ai sensi dell’art. 47 D.P.R. 445/2000 nella quale attesta la conformità agli originali.

Il punto debole di tale allegazione risiede – secondo la ricorrente – nel fatto che la dichiarazione di conformità appare generica, in quanto riferita alle

“*fotocopie allegate*”, e non risulterebbe quindi idonea a soddisfare la prescrizione del D.A. LL.PP. del 24.02.2006 (modificato in data 15 gennaio 2008) nella parte in cui richiede la produzione del D.U.R.C. in originale o in copia autenticata conforme all’originale ai sensi del D.P.R. 445/2000.

Anche questa censura non appare fondata, in quanto il denunciato *modus operandi* non può costituire motivo di esclusione.

Da un lato, il Collegio osserva che la dichiarazione generale sottoscritta dall’impresa ai sensi dell’art. 47 del D.P.R. 445/2000, secondo la quale tutta la documentazione prodotta in copia è conforme all’originale, non pecca per indeterminatezza dell’oggetto di cui viene dichiarata la conformità, in quanto tutti i documenti prodotti sono spillati e legati “pagina con pagina” tra loro con un timbro lineare a stampa dell’impresa. Tale accorgimento vale a rendere unico ed identificabile il fascio di documenti di cui si attesta la conformità, ed impedisce che si possa paventare il rischio di un successivo inserimento di altra copia non “coperta” dalla dichiarazione di conformità; quindi, compensa il denunciato deficit di determinatezza che caratterizza la dichiarazione di parte.

In secondo luogo, si rileva che la sanzione della esclusione prevista nel bando ed invocata dalla ricorrente riguarda le ipotesi in cui il documento richiesto sia del tutto assente, e non anche il diverso caso in cui si possa solo dubitare se il documento – comunque presentato - sia o meno conforme all’originale. In tale eventualità, risultando adempiuto l’onere materiale della produzione documentale, ove dovessero sorgere dubbi in ordine all’ampiezza e onnicomprensività della dichiarazione sostitutiva sottoscritta dal concorrente, la stazione appaltante avrebbe il potere/dovere di richiedere (senza ledere la *par condicio* fra i partecipanti) indicazioni o chiarimenti sull’entità della dichiarazione, in applicazione del meccanismo del cd. *soccorso istruttorio* di cui all’art. 46 del D. Lgs. 163/2006.

A conferma di quanto appena rilevato è utile riportare uno stralcio del

“Disciplinare di gara” che al paragrafo 2, sub “procedura di aggiudicazione”, consente “[al] *La Commissione di gara, ove lo ritenga necessario, e senza che ne derivi un aggravio per i concorrenti, ai sensi dell’art. 71 del D.P.R. 445/2000, [di] effettuare ulteriori verifiche della veridicità delle dichiarazioni contenute nella busta A (...) e del requisito della regolarità contributiva, con riferimento eventualmente a concorrenti individuati secondo criteri discrezionali?*”.

Come dire, se è consentito verificare la veridicità intrinseca dei requisiti autodichiarati dal concorrente, è anche consentito – a maggior ragione – chiedere chiarimenti allo stesso dichiarante in ordine all’ampiezza ed al contenuto di quanto sottoscritto.

Peraltro, l’interpretazione formalistica e l’applicazione meccanica della clausole di esclusione propugnata dalla ricorrente non appare nemmeno in linea con la direzione evolutiva impressa dal legislatore alla materia in questione, atteso che col recentissimo D.L. 70/2001 (cd. *Decreto Sviluppo*) è stato aggiunto il comma 1 bis all’art. 46 del codice dei contratti pubblici, introducendo così un principio di tassatività normativa delle clausole di esclusione, anche al fine di scoraggiare l’abuso di previsioni discrezionali (fonte di ampio contenzioso) che riconnettevano a mere irregolarità formali sanzioni drastiche incidenti in radice sulla possibilità di partecipare alla gara. In conclusione, le censure articolate in ricorso non evidenziano irregolarità idonee a determinare l’esclusione dalla gara della concorrente/aggiudicataria. Il ricorso principale va, pertanto, respinto.

La dichiarata infondatezza del ricorso principale esime il collegio dall’esaminare il ricorso incidentale.

Le spese processuali vengono compensate in ragione della peculiarità della vicenda.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso principale, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 21 luglio 2011,
giusta riserva assunta il 7 luglio 2011, con l'intervento dei magistrati:

Biagio Campanella, Presidente

Salvatore Schillaci, Consigliere

Francesco Bruno, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/08/2011

IL SEGRETARIO

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