

N. 05213/2011REG.PROV.COLL.  
N. 08411/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8411 del 2010, proposto da:

Pamivit S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Felice Laudadio, Carlo Russo, Ferdinando Scotto, con domicilio eletto presso Studio Laudadio Scotto Russo in Roma, via Alessandro III, 6;

*contro*

Arin Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Bartolomeo Della Morte, Manlio Romano, con domicilio eletto presso Giorgio Recchia in Roma, corso Trieste, 88;

*nei confronti di*

D&D Costruzioni Generali Srl di Pozzuoli;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE VIII n. 17200/2010, resa tra le parti, concernente APPALTO PER LAVORI DI ASSISTENZA ALLA MANUTENZIONE PROGRAMMATA E DA GUASTO DELLA RETE IDRICA DELLA CITTA' DI NAPOLI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Arin Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 maggio 2011 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Laudadio e Della Morte;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con bando di gara pubblicato sulla G. U. n. 72/2009, l'ARIN s.p.a. ha indetto una gara per l'affidamento dei lavori di assistenza alla manutenzione programmata e da guasto della rete idrica a servizio della città di Napoli.

All'esito delle operazioni di gara, risultava aggiudicataria provvisoria la società Pamivit.

Conseguentemente, l'ARIN chiedeva alla predetta società l'inoltro della documentazione necessaria per procedere all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del relativo contratto, con particolare riferimento anche alla cauzione definitiva.

Sennonché, dopo vari solleciti a cui seguivano altrettante note di controdedizione, la Pamivit non produceva la richiesta cauzione definitiva e la polizza C.A.R., redatte in conformità alle prescrizioni del bando di gara.

Per quanto sopra l'ARIN dichiarava la decadenza della predetta Pamivit dall'aggiudicazione dell'appalto, procedeva all'escussione della cauzione provvisoria ed aggiudicava la gara alla D. & D. Costruzioni Generali s. r. l.

Avverso tali determinazioni la Pamivit proponeva ricorso dinanzi al TAR Campania che, con sentenza n. 17200/2010, lo respingeva.

Nei confronti della predetta decisione, la Pamivit ha quindi interposto l'odierno appello, chiedendone la riforma.

Si è costituita in giudizio l'ARIN intimata, chiedendo la reiezione del

gravame.

Alla pubblica udienza del 10 maggio 2011, la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

1. Il ricorso è infondato

2. Con il primo motivo di appello la società Pamivit censura la decisione del giudice primo grado in quanto, a suo dire, quest'ultimo avrebbe errato nel respingere il primo motivo di ricorso, con il quale era stato eccepito che il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dalla stessa Pamivit non si sarebbe concluso.

La censura è priva di fondamento.

Infatti, contrariamente a quanto dedotto, A.R.I.N. ha concluso il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dalla ricorrente, così per come formalmente risulta:

- dal verbale della seduta della Commissione di congruità, all'uopo nominata dalla stazione appaltante, del 17 settembre 2009;
- dal verbale della Commissione di gara della seduta del 22 settembre 2009;
- dalla nota inoltrata da ARIN alla odierna ricorrente del 22 settembre 2010 prot. 22025, con la quale la stazione appaltante comunica la disposta aggiudicazione provvisoria in favore di Pamivit.

Correttamente pertanto il Tar Campania ha ritenuto che “dall'esame degli atti emerge che, contrariamente alle produzioni di parte ricorrente, il procedimento di anomalia dell'offerta si è concluso con giudizio di congruità espresso dalla commissione di gara nel verbale del 17 settembre 2009 (versato agli atti di causa dalla difesa dell'amministrazione) e, in seguito, con l'aggiudicazione provvisoria comunicata con nota del 22 settembre 2009..”.

Del pari infondato, poi, è il dedotto profilo di censura in ordine alla asserita violazione del contraddittorio con l'impresa, ai sensi dell'articolo 86 del

decreto legislativo n. 163/2006.

Dalla documentazione in atti, invero, si evince che:

- in data 30 luglio 2009 si riuniva la commissione nominata per valutare la congruità dell'offerta economica presentata dall'impresa Pamivit, la quale all'esito della riunione richiedeva taluni chiarimenti con nota del 37/7/2000 prot. 18830;
- detta richiesta veniva riscontrata da Pamivit con nota del 10.8.2010 prot. 19389;
- in ragione dei chiarimenti forniti da Pamivit la stazione appaltante, e per essa la Commissione di congruità, nella seduta del 3.9.2009 attivava un'ulteriore fase di richiesta di chiarimenti in contraddittorio con l'impresa per verificare la corretta computazione di una serie di attività;
- il giorno 8 settembre 2009 si realizzava il contraddittorio fra la Commissione di congruità e l'impresa Pamivit che forniva i chiarimenti richiesti, riservandosi all'esito della riunione di produrre una ulteriore nota esplicativa;
- successivamente l'impresa Pamivit comunicava l'impossibilità di formulare note esplicative, ribadendo la validità e l'efficacia dell'offerta;
- a seguito di detta nota, nella seduta del 17 settembre 2009, la Commissione ritenuti evidentemente sufficienti i chiarimenti già dati dall'impresa in contraddittorio e dando espressamente atto di non avere ulteriori approfondimenti da fare, deliberava che l'offerta in esame non era da ritenersi anomala;
- in data 22 settembre 2009 la Commissione di gara disponeva pertanto l'aggiudicazione provvisoria in favore di Pamivit.

Per quanto sopra, non v'è dubbio che il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dalla Pamivit, si sia formalmente concluso a seguito di regolare contraddittorio, contrariamente a quanto dedotto.

3. Con il secondo motivo di ricorso l'appellante, riproponendo l'eccezione già formulata in primo grado, assume che sarebbe stata preclusa alla stazione appaltante la possibilità di disporre l'incameramento della cauzione provvisoria, in quanto i presupposti per l'escussione della stessa erano esclusivamente quelli elencati all'art. 6 del disciplinare di gara (ovvero A. anomalia dell'offerta; B. carenza di requisiti dichiarati).

Sotto tale profilo, censura quindi la decisione impugnata per omesso esame di un punto decisivo.

La doglianza è infondata.

Contrariamente a quanto dedotto, i giudici di prime cure hanno puntualmente pronunciato su tale questione, ritenendola infondata.

Come espressamente precisato nella gravata sentenza, infatti, l'escussione della cauzione provvisoria nel caso specifico "si fonda legittimamente sull'omessa produzione documentale da parte della Pamivit e, in particolare, in base alla previsione contenuta nel capitolato speciale d'appalto (c. s. a.), che al punto I.5.1. (pagina 3) imponeva all'aggiudicataria provvisoria l'obbligo di costituire la cauzione definitiva ex articolo 113 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 entro il termine massimo di 15 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione provvisoria, statuendo inoltre che la mancata costituzione della cauzione definitiva determina la revoca dell'aggiudicazione e l'incameramento della cauzione provvisoria di cui all'articolo 75 del decreto legislativo 163 del 2006 da parte di A.R.I.N."

La dedotta censura pertanto, si appalesa priva di fondamento.

4. Con il terzo motivo, la ricorrente deduce "l'erroneità della sentenza appellata, che non ha tenuto conto delle legittime, fondate riserve del concorrente al cospetto di una condotta della P.A. apertamente violativa delle predeterminate regole di gara e dei principi generali regolanti l'espletamento delle procedure di evidenza pubblica".

La doglianza non ha pregio.

Sul punto, infatti, il primo giudice ha correttamente rilevato che “la Pamivit trascura di considerare che la censurata condotta dell’amministrazione è stata posta in essere proprio al fine di recepire

l’istanza della ricorrente la quale, nel corso della procedura, aveva giustificato l’omessa presentazione della dichiarazione di impegno con riferimento alla indisponibilità al relativo rilascio da parte degli istituti finanziari interpellati”, aggiungendo altrettanto correttamente che “Peraltro non vi è dubbio che, avendo partecipato alla procedura e conseguito l’aggiudicazione provvisoria (poi dichiarata decaduta), la ricorrente non ha motivo di dolersi di una modifica postuma della lex specialis di gara che, al più, poteva essere fatta valere da altri imprenditori che avessero desistito dal partecipare alla gara per non aver potuto produrre l’atto richiesto.

Inoltre, la ricorrente non trarrebbe alcun vantaggio dall’eventuale accoglimento della censura, dal momento che il provvedimento gravato di escussione della cauzione provvisoria non deriva dalla mancata prestazione della predetta dichiarazione di impegno ex art. 129, secondo comma, D. Lgs. 163/2006 bensì, come si è visto, dalla omessa allegazione degli atti necessari per la stipula del contratto di appalto”.

Per quanto sopra, la dedotta censura si appalesa priva di fondamento.

5. Parimenti infondato è l’ultimo motivo di ricorso, con cui viene censurata la sentenza laddove non ha accolto la doglianza formulata in primo grado, secondo cui i provvedimenti impugnati sarebbero intervenuti quando erano già decorsi i centottanta giorni di validità dell’offerta.

Come esattamente rilevato dal primo giudice, infatti, le note impugnate sono pervenute alla ricorrente in data 11 e 12 gennaio 2010 e, pertanto, nella piena vigenza del periodo di validità dell’offerta e della fideiussione, come risulta dalle ricevute fax depositate in atti.

Ed al riguardo, non vi è dubbio alcuno che la comunicazione avvenuta via

fax al numero indicato espressamente dalla ricorrente in sede di gara per ricevere la documentazione riguardante la procedura in oggetto, sia strumento pienamente idoneo a garantire l'effettività della comunicazione stessa come affermato unanimemente dalla giurisprudenza anche della Sezione (cfr. per tutte, Sez. V 19.06.2009, n. 4032).

Né, sul punto, assumono rilievo le contrarie argomentazioni sviluppate dalla ricorrente, secondo cui:

- a) le note inviate per fax sarebbero prive di protocollo;
- b) le ricevute di trasmissione fax sarebbero generiche;
- c) né bando né disciplinare contemplano la comunicazione a mezzo fax, il cui utilizzo sarebbe consentito solo in presenza di una specifica prescrizione della *lex specialis*.

In primo luogo, infatti va esclusa la necessità di una esplicita previsione del bando di gara ai fini dell'ammissibilità della comunicazione via fax, essendo ormai principio pacifico che trattasi di uno strumento di comunicazione ammissibile in via ordinaria.

In ogni caso, nel disciplinare di gara (cfr. pagina 8) è espressamente indicato, nell'ambito della dichiarazioni da farsi a corredo dell'offerta, che il concorrente deve indicare: "il numero di fax al quale va inviata l'eventuale richiesta di documentazione".

La necessità dell'indicazione del numero di fax a cui ricevere le comunicazioni, poi, è ripetuta anche nel modello da utilizzare per la dichiarazione (Mod. A) allegato al disciplinare.

Conseguentemente, nella specie sussiste anche quella specifica prescrizione della legge speciale di gara che, in ogni caso, legittima la comunicazione mezzo fax.

In secondo luogo, nessun rilievo può attribuirsi alla mancanza del protocollo sulla nota fax inviata, atteso che quest'ultimo rileva ai soli fini interni e non costituisce di certo una condizione per la perfezione e per

l'efficacia dell'atto amministrativo.

Infine, quanto alla asserita genericità delle ricevute fax, va osservato come il rilievo sia a sua volta del tutto generico e, quindi, inconducente e come la ricevuta di trasmissione sia comunque idonea a dimostrare l'avvenuta ricezione del fax, a prescindere dalla indicazione nella ricevuta medesima degli estremi dell'atto che viene comunicato.

6. Per le ragioni esposte il ricorso è infondato e, come tale, da respingere.

Sussistono tuttavia giusti motivi, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso, di cui in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente FF

Francesco Caringella, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/09/2011



## IL SEGRETARIO

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