

**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 3132 del 2009, proposto da:
Maragno Gaetano di Giovanni Maragno & C. s.a.s., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Vincenzo Colucci, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Maria Bruna Chito, in Roma, viale Regina Margherita, n. 290;

contro

Consorzio Stabile Aedars - società consortile a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Spataro, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Lilli in Roma, via di Val Fiorita n. 90;

nei confronti di

Provincia di Cosenza, in persona del Presidente pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Gaetano Pignanelli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Maria Isabella Egeo in Roma, via M.S. De Rossi, n. 13/B;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Calabria – Catanzaro, Sezione II, n. 00057/2009, resa tra le parti, di accoglimento del ricorso proposto dal Consorzio Stabile Aedars - società consortile a r.l. per l'annullamento: a) del verbale della seduta del pubblico incanto, tenutasi in data 29 gennaio 2008 e, in prosecuzione, nei giorni 31 gennaio, 1, 4, 6, 7 e 8 febbraio, concernente l'appalto dei lavori completamento del palazzo del Governo, Cosenza; b) della nota prot. n. 1390 del 13 febbraio 2008, con la quale l'Amministrazione Provinciale di Cosenza ha comunicato l'esclusione del Consorzio suddetto dalla gara di appalto sopra indicata; c) della determinazione dirigenziale del 17 marzo 2008, di aggiudicazione dell'appalto alla Maragno Gaetano di Giovanni Maragno & C. s.a.s.; d) della nota dirigenziale del 20 marzo 2008; e) del bando di gara, nella parte in cui ha prescritto l'allegazione della copia autentica dell'atto costitutivo.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Cosenza e del Consorzio Stabile Aedars – Società consortile a r.l.;

Viste le memorie prodotte dalla Maragno Gaetano di Giovanni Maragno & C. s.a.s. e dal Consorzio Stabile Aedars – Società consortile a r.l. a sostegno delle rispettive difese;

Vista la propria ordinanza 26 maggio 2009, n. 2664;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 giugno 2011 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Colucci, De Portu, per delega dell'avv. Spataro, e Lilli, per delega dell'avv. Pignanelli;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso in appello in esame la Maragno Gaetano di Giovanni Maragno & C. s.a.s. ha chiesto l'annullamento o la riforma della sentenza in epigrafe indicata con la quale era stato accolto il ricorso proposto dal Consorzio Stabile Aedars - società consortile a r.l. per l'annullamento degli atti del pubblico incanto inerente l'appalto dei lavori completamento del palazzo del Governo della Provincia di Cosenza e, in particolare, del provvedimento di comunicazione dell'esclusione del Consorzio suddetto dalla gara, del bando di gara, nella parte in cui ha prescritto l'allegazione della

copia autentica dell'atto costitutivo, e della determinazione dirigenziale di aggiudicazione dell'appalto alla attuale appellante.

A sostegno del gravame sono stati dedotti i seguenti motivi:

1.- Inammissibilità del ricorso di primo grado, mal governo dei principi dell'interesse a ricorrere, omessa pronuncia ed "error in iudicando".

Il T.A.R. ha omesso di pronunziarsi sulla eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, sollevata nella considerazione che, essendo prevista una aggiudicazione di tipo meccanico, l'interesse a ricorrere avverso la esclusione richiedeva la dimostrazione che l'esito della gara, in assenza della esclusione, sarebbe stato favorevole alla parte ricorrente in primo grado.

Nel caso che occupa il Consorzio Stabile Abilis era a conoscenza di tutti i ribassi praticati dalle ditte ammesse, ma ha fatto riferimento solo alla propria offerta ed alla sua maggior convenienza, senza fornire detta dimostrazione.

Non sussisteva quindi interesse strumentale all'annullamento degli atti impugnati, in quanto tanto non avrebbe comunque potuto comportare alcuna "chance" di partecipazione e di vittoria, anche perché la procedura si era conclusa con l'aggiudicazione provvisoria e definitiva.

2.- Violazione e falsa applicazione della "lex specialis" (disciplinare di gara, clausola 4), "error in iudicando" e "procedendo".

Il T.A.R. ha disatteso il principio di vincolatività delle norme della "lex specialis" che impongono la comminatoria della esclusione per la mancata produzione di un documento richiesto.

Il Consorzio Stabile Abilis, invece dell'atto costitutivo in copia autentica, la cui produzione era prevista, a pena di esclusione, dalla clausola n. 4 del disciplinare di gara (senza previsione della facoltà di autocertificazione), ha depositato una semplice fotocopia dell'atto, corredata da una dichiarazione sostitutiva di notorietà.

Il Giudice di primo grado ha omesso di pronunziarsi sulla eccezione di insostituibilità di una copia autentica con una dichiarazione a suo tempo formulata dalla attuale appellante nel rilievo che era inapplicabile alla fattispecie l'art. 19 del d.P.R. n. 445/2000.

3.- Violazione e falsa applicazione delle norme in tema di autocertificazione e di dichiarazioni sostitutive (artt. 19, 19 bis, 38 e 46 del d.P.R. n. 445/2000). Travisamento dei fatti ed "error in iudicando".

E' comunque infondato l'assunto della parte ricorrente in primo grado di aver presentato una dichiarazione ex art. 19 del d.P.R. n. 445/2000 con effetti equipollenti alla presentazione della copia conforme dell'atto costitutivo, atteso che in luogo di essa dichiarazione risulta essere stata presentata, oltre ad una copia dell'atto costitutivo, una dichiarazione che, oltre a non essere stata resa ai sensi di detta norma, non conteneva alcuna autenticazione di copia, né attestazione di conformità, né menzione dell'atto costitutivo, ma solo la dichiarazione e la attestazione "ad intervenuta variazione conseguente ad aggiornamento, che la composizione societaria (imprese consorziate) risulta così composta in seguito all'adozione di deliberazioni di inserimento nuovi soci e loro sottoscrizione di quote sociali...".

Il T.A.R. non ha considerato che detta dichiarazione non poteva surrogare l'adempimento documentale previsto dalla lex specialis (anche perché la paternità di un atto è resa incontestabile dalla produzione della dichiarazione, della sottoscrizione autografa e di una copia del documento di identità) e non possedeva la qualifica di "atto certificatorio" alternativo alla autenticazione di copie, ex art. 19 del d.P.R. n. 445/2000, non sussistendo alcuna forma di attestazione della conformità della copia all'originale.

Peraltro la inesistenza del documento de quo non costituiva una irregolarità sanabile con la sua integrazione postuma.

Con atto depositato il 29.4.2009 si è costituito in giudizio il Consorzio Stabile Aedars - società consortile a r.l., che ha dedotto la infondatezza del ricorso ed in particolare della eccezione di carenza di interesse a ricorrere, concludendo per la reiezione.

Con ordinanza 26 maggio 2009, n. 2664 la Sezione ha accolto la istanza di sospensione della sentenza impugnata.

Con atto depositato il 10.8.2009 si è costituita in giudizio la Provincia di Cosenza, che ha dedotto la fondatezza dell'appello ed ha concluso per il suo accoglimento.

Con memoria depositata il 27.5.2012 parte appellante, premesso che nelle more era stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara a suo favore, ha ribadito tesi e richieste.

Con memoria depositata il 17.6.2011 il Consorzio Stabile Aedars ha replicato alle avverse argomentazioni, reiterando la richiesta di reiezione dell'appello.

Alla pubblica udienza del 28.6.2011 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti, come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Con il ricorso in appello in esame la Maragno Gaetano di Giovanni Maragno & C. s.a.s. ha chiesto l'annullamento della sentenza in epigrafe specificata di accoglimento del ricorso proposto dal Consorzio Stabile Aedars - società consortile a r.l. per l'annullamento degli atti del pubblico incanto inerente l'appalto dei lavori completamento del palazzo del Governo della Provincia di Cosenza e, in particolare del provvedimento di comunicazione dell'esclusione di esso Consorzio dalla gara (sostanzialmente perché, mentre la clausola n. 4, contenuta nel disciplinare di gara, prevedeva la produzione, a pena di esclusione, dell'atto costitutivo in copia autentica del consorzio, detto Consorzio aveva prodotto al riguardo una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà), del bando di gara in parte qua e della determinazione dirigenziale di aggiudicazione dell'appalto alla Maragno Gaetano di Giovanni Maragno & C. s.a.s..

2.- Con il primo motivo di appello è stato dedotto che il T.A.R. ha omesso di pronunziarsi sulla eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, sollevata dalla attuale appellante nella considerazione che, essendo prevista una aggiudicazione di tipo meccanico, l'interesse a ricorrere avverso la esclusione richiedeva la dimostrazione che l'esito della gara, in assenza della esclusione, sarebbe stato favorevole alla parte ricorrente.

Nel caso che occupa il Consorzio Stabile Abilis, pur essendo a conoscenza di tutti i ribassi praticati dalle ditte ammesse, aveva fatto riferimento solo alla propria offerta ed alla sua maggior convenienza, senza fornire detta dimostrazione.

Non sussisteva quindi interesse strumentale all'annullamento degli atti impugnati, in quanto tanto non poteva comportare alcuna "chance" di partecipazione e di vittoria, anche perché la procedura si era conclusa con l'aggiudicazione provvisoria e definitiva.

2.1.- Osserva in proposito la Sezione che l'interesse a ricorrere avverso il provvedimento di esclusione da una gara è configurabile ex se e non richiede la dimostrazione che l'esito della gara sarebbe stato sicuramente o probabilmente favorevole al ricorrente solo nelle ipotesi in cui il criterio di aggiudicazione previsto sia di tipo non automatico, in quanto la parte ricorrente ha interesse a veder valutata la propria offerta in sede di gara e dunque è portatore di un interesse strumentale all'annullamento degli atti impugnati e alla rinnovazione della procedura: dal rinnovo deriva una nuova chance di partecipazione e di vittoria.

Nel caso, invece, di procedure di aggiudicazione di tipo meccanico, in cui non si fa luogo a valutazioni tecnico-discrezionali da parte del seggio di gara, una volta aperte le buste contenenti le offerte dei concorrenti, l'idoneità della singola offerta a conseguire l'aggiudicazione è oggettivamente determinabile attraverso meri calcoli aritmetici e dunque, a differenza dell'altro caso, il concorrente escluso è in grado di determinare se la propria offerta sarebbe stata sufficiente ad assicurargli la vittoria.

Nel caso che occupa, tuttavia, la avvenuta aggiudicazione al Consorzio Stabile Aedars della gara de qua, a seguito della esecuzione della sentenza in questa sede impugnata, come da verbale di seconda seduta di asta dell'1.4.2009, dimostra che in concreto l'interesse di detto Consorzio all'annullamento degli atti impugnati e alla rinnovazione della procedura sussisteva sin dall'epoca di proposizione del ricorso introduttivo del giudizio.

La eccezione in esame è quindi indivisibile.

3.- Con il secondo motivo di gravame è stato dedotto dalla società Maragno che il T.A.R. ha disatteso il principio di vincolatività delle norme della "lex specialis" che imponevano la comminatoria della esclusione per la mancata produzione di un documento richiesto.

In Consorzio Stabile Abilis, invece dell'atto costitutivo in copia autentica, la cui produzione era prevista a pena di esclusione dalla clausola n. 4 del disciplinare di gara (senza previsione della facoltà di autocertificazione), ha depositato una semplice fotocopia dell'atto, corredata da una dichiarazione sostitutiva di notorietà.

Il Giudice di primo grado ha omesso di pronunciarsi sulla eccezione di insostituibilità di una copia autentica con una dichiarazione, formulata dalla parte attualmente appellante nel rilievo che l'art. 7, comma 2, del d.P.R. n. 581/1995 stabilisce che nel registro delle imprese sono iscritti i soggetti previsti dalla legge ed in particolare i consorzi e le società consortili con atto costitutivo nella forma dell'atto pubblico redatto da un Notaio, che conserva l'originale, sicché è inapplicabile nel caso di specie l'art. 19 del d.P.R. n. 445/2000 (che prevede la dichiarazione sostitutiva di notorietà per dichiarare la conformità all'originale di un atto "conservato o rilasciato da una pubblica amministrazione"), atteso che la dichiarazione di conformità all'originale poteva essere attestata solo dal Notaio che aveva redatto l'atto costitutivo.

4.1.- Osserva la Sezione che il T.A.R., richiamati l'art. 19 del d.P.R. n. 445/2000, l'art. 47, cui detto articolo rimanda, e l'art. 38, comma 2, del medesimo decreto, ha dedotto che tali norme, in quanto inserite in un sistema finalizzato a garantire la semplificazione dei procedimenti amministrativi, impongono l'impiego di criteri ermeneutici volti a consentire una larga diffusione di tali strumenti anche in presenza di prescrizioni apparentemente ostative al loro utilizzo; applicando tali regole al caso concreto, ha ritenuto che la clausola del disciplinare, in attuazione della quale è stata esclusa la società ricorrente si prestasse (in assenza di una espressa preclusione della possibilità di depositare, in alternativa alla copia autentica dell'atto costitutivo, la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà) ad essere interpretata in maniera conforme ai riportati principi di semplificazione e celerità.

Ha quindi osservato che la predetta clausola aveva ad oggetto un documento che, essendo conservato presso il registro delle imprese, rientrava tra quelli che possono essere sostituiti da una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà redatta secondo le modalità sopra riportate, che, nella specie, come da documentazione prodotta agli atti del giudizio, risultava essere conforme alla fattispecie di cui all'art. 36 del decreto n. 445 del 2000.

Ha quindi concluso nel senso che la presentazione della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà nel caso in esame equivaleva alla esibizione, richiesta dal disciplinare di gara, dei documenti dichiarati conformi all'originale in forma autenticata ai sensi dell'articolo 18, comma 2, del d.P.R. n. 445/2000.

4.1.1.- Le censure mosse con l'atto di appello alle sopra riportate tesi sostenute con la sentenza in esame sono ad avviso della Sezione fondate.

Dovendo considerare le norme della "lex specialis" della gara concernenti l'esclusione dalla medesima come norme di stretta interpretazione è invero da ritenere impossibile la interpretazione delle stesse in maniera estensiva secondo principi di semplificazione e celerità (come erroneamente ritenuto dal primo Giudice) ed è quindi da ritenere legittima l'esclusione del concorrente de quo che aveva omesso di produrre un documento nelle forme richieste dalla lettera d'invito (copia autentica dell'atto costitutivo) e l'aveva, invece, prodotto nelle forme dell'atto di notorietà.

La dichiarazione sostitutiva assolve infatti alla funzione di far constatare alla P.A. - esclusivamente a fini amministrativi e in luogo di certificazioni rilasciate dalla stessa o da essa conservate-circostanze a questa risultanti in propri atti.

Nel caso che occupa l'atto costitutivo non era stato né rilasciato, né era conservato dalla Pubblica Amministrazione, perché come evidenziato dalla parte appellante, era stato redatto da un Notaio e da esso conservato in originale, sicché, stante la inderogabilità della legge di gara, non era comunque possibile surrogare la mancata produzione del citato atto, prevista a pena di esclusione,

con la produzione di documentazione redatta in base al, peraltro inapplicabile, art. 19 del d.P.R. n. 445/2000.

5.- La fondatezza del disaminato motivo di appello comporta l'assorbimento del terzo motivo di gravame, con il quale è stato inoltre asserito che sarebbe comunque infondato l'assunto della parte ricorrente in primo grado di aver presentato una dichiarazione ex art. 19 del d.P.R. n. 445/2000 con effetti equipollenti alla presentazione della copia conforme dell'atto costitutivo, atteso che in luogo di essa dichiarazione risulterebbe essere stata presentata, oltre ad una copia dell'atto costitutivo, solo una dichiarazione non resa ai sensi di detta norma e non contenente autenticazione di copia, né attestazione di conformità, né menzione dell'atto costitutivo. Pure assorbita deve ritenersi la censura formulata con il motivo in esame con la quale è stato, peraltro fondatamente, dedotto che la inesistenza del documento de quo non costituiva una irregolarità sanabile con la sua integrazione postuma.

5.- L'appello deve essere conclusivamente accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, deve essere respinto il ricorso originario proposto dinanzi al T.A.R..

6.- La complessità delle questioni trattate, nonché la peculiarità e la novità del caso, denotano la sussistenza delle circostanze di cui all'art. 92, II c., del c.p.c., come modificato dall'art. 45, XI c., della L. n. 69 del 2009, che costituiscono ragione sufficiente per compensare fra la parti le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, accoglie l'appello in esame e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, respinge il ricorso originario proposto dal il Consorzio Stabile Aedars - società consortile a r.l. dinanzi al T.A.R..

Compensa integralmente le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/11/2011