

N. 00224/2012REG.PROV.COLL.
N. 07658/2008 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7658 del 2008, proposto da:

Anas e Ministero delle Infrastrutture, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Impresa Costruzioni Bagala' Ippolito, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Santo Surace, con domicilio eletto presso Francesca Beatrice Surace in Roma, via Castelfidardo, 60;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III n. 06366/2008, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI DI AMMODERNAMENTO E ADEGUAMENTO MANTO STRADALE.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2011 il Cons. Andrea

Migliozzi e uditi per le parti gli avvocati Gabriele Pafundi in sostituzione di Santo Surace e Federica Varrone (Avv. St.);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Impresa Costruzioni Bagalà Ippolito partecipava con esito negativo alla gara indetta da ANAS relativamente all'aggiudicazione, al prezzo più basso, dell'affidamento dei lavori occorrenti per l'esecuzione del tappeto di usura di tipo drenante, giunti e segnaletica stradale, con riguardo alle opere di ammodernamento e di adeguamento dell'Autostrada SA-RC dal Km 331+400 al km 337+800. Detta Impresa, con ricorso introduttivo proposto innanzi al Tar per il Lazio, chiedeva l'annullamento della disposta aggiudicazione in via provvisoria dell'appalto in favore della Società Agorà, contestando la mancata esclusione delle offerte presentate da altre Società concorrenti e precisamente quelle prodotte dalla Chiappetti Davide s.r.l., Incabit s.r.l., Costruzioni Idrauliche s.r.l., Edil Impianti s.r.l., e Mesiano Costruzioni s.r.l. e avanzava altresì domanda di risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

Successivamente, con atto di motivi aggiunti l'Impresa Bagalà impugnava l'aggiudicazione in via definitiva dell'appalto *de quo* in favore della Società Agorà, reiterando le censure già formulate col ricorso principale.

L'adito Tar, con sentenza n.6366/08, ritenendo fondate le censure dedotte in ordine alla mancata esclusione delle offerte presentate dalle Società concorrenti, accoglieva il proposto ricorso, con annullamento degli impugnati provvedimenti, e condannava l'intimata Amministrazione "al risarcimento del danno, da quantificare secondo i criteri di cui in motivazione".

L'Anas e il Ministero delle Infrastrutture hanno impugnato, con l'appello all'esame, detta sentenza, deducendo, con un unico, articolato motivo, la censura di violazione e/o falsa applicazione della normativa disciplinante la

gara in contestazione, rappresentata dal D.M. n.123 del 12/3/2004 e dalla *lex specialis* del bando di gara, nonché di violazione del principio del *favor participationis*.

Assumono, in sostanza, le appellanti Amministrazioni che le offerte presentate dalle Società erroneamente ritenute dal Tar meritevoli di esclusione in realtà erano rispettose delle prescrizioni imposte dalla disciplina regge reggente della gara; e comunque nella specie alla luce del principio giurisprudenziale di favorire la massima partecipazione alla gara, il comportamento della stazione appaltante si rivelava corretto.

Si è costituita in giudizio l'Impresa Bagalà, vittoriosa in primo grado, che ha contestato la fondatezza dell'appello, chiedendone la reiezione.

Alla udienza pubblica di trattazione la causa è stata spedita in decisione.

DIRITTO

L'appello si appalesa infondato, meritando la sentenza qui impugnata integrale conferma.

La questione giuridica su cui s'incentra la vicenda all'esame riguarda la portata e i limiti dell'adempimento documentale previsto dalla normativa disciplinante la gara a carico dei partecipanti relativamente alla produzione di polizze fideiussorie per le cauzioni ivi previste (provvisoria e definitiva) e, in particolare, il contenuto che tali atti di garanzia dovevano recare secondo quanto prescritto dalla disciplina di gara.

Su tale specifico aspetto in contestazione e, in particolare, sull'avvenuta osservanza o meno delle prescrizioni recate dalla *lex specialis* in relazione all'articolato motivo di gravame qui fatto valere dalla parte appellante, va focalizzata l'indagine del Collegio, ai fini della risoluzione della controversia portata alla sua cognizione.

La tesi difensiva su cui si articola l'intero gravame è che nella specie sarebbero state osservate compiutamente le formalità previste dal bando di gara, atteso che le imprese controinteressate

per le quali l'originaria ricorrente ha lamentato la mancata esclusione dalla gara, hanno prodotto delle polizze valide e regolari, in quanto conformi allo schema tipico di cui al D.M. n.123 del 12 marzo 2004.

In altri termini, sostiene ANAS, la conformità delle polizze presentate alla normativa di carattere generale dettata dal decreto ministeriale in tema di schemi di polizza era sufficiente a mandare esenti le imprese concorrenti dall'adempimento di ogni altro obbligo previsto sul punto dalla lex specialis; e tale circostanza renderebbe insussistenti i rilievi mossi dal Tar, sulla questione *de qua*, all'operato della stazione appaltante.

L'assunto difensivo non merita di essere condiviso, rivelandosi le censure formulate nei confronti delle statuizioni rese dal primo giudice (come di seguito si va ad illustrare) prive di fondamento.

Il bando relativo alla gara per cui è causa, contrassegnato dal n. T8-2006, al punto 8 (dal titolo "cauzioni e polizze") ha previsto, a pena di esclusione, che "l'offerta dei concorrenti deve essere corredata da:

“cauzione provvisoria costituita alternativamente ... da fideiussione bancaria o polizza assicurativa...da rendersi in conformità al D.M. 123 del 12/3/2004”;

dichiarazione di un istituto bancario oppure di un compagnia di assicurazione oppure di un intermediario finanziario iscritto nell'elenco speciale di cui all'art.107 del dlgs n.385/93 contenente l'impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione dell'appalto, a richiesta del concorrente, una fideiussione o polizza relativa alla cauzione definitiva, in favore dell'amministrazione aggiudicatrice valida fino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio e comunque con validità non inferiore a dodici mesi dalla data del verbale di consegna dei lavori”.

Ad integrare la disciplina della procedura concorsuale di che trattasi vi è poi il disciplinare di gara, dove si prevede che “in attuazione del regolamento approvato con D.M. n.123 del 12.3.2004 i contratti fideiussori ed

assicurativi previsti dall'art. 30 della legge n.109/1994 e dal DPR n.554/1999 devono essere conformi agli schemi di polizza tipo approvati dal suddetto regolamento e contenuti in allegato a questo”.

Ebbene, avuto riguardo alla disciplina dettata dalla *lex specialis* della gara, come sopra meglio specificata, è avvenuto che, relativamente alla prescrizione riguardante la cauzione provvisoria, sub a), le imprese concorrenti hanno presentato le polizze fideiussorie recanti la formula seguente: “la presente scheda tecnica costituisce parte integrante dello schema tipo 1.1 di cui al D.M. n.123 del 12.3.2004 e riporta i dati e le informazioni necessarie all’attivazione della garanzia fideiussoria di cui allo schema tipo: la sua sottoscrizione costituisce atto formale di accettazione incondizionata di tutte le condizioni contenute nello schema tipo”.

Per quanto attiene, invece, alla prescrizione inerente all’impegno a rilasciare la cauzione definitiva sub b), è risultato che alcune offerte, segnatamente quelle presentate da Edil Impianti srl e Mesiano Costruzioni s.r.l. non recavano la dichiarazione di impegno nei sensi e termini indicati dal bando; e non v’è dubbio che tale manchevolezza costituisce violazione di specifica disposizione della *lex specialis* della gara (art. 8 del bando) e che, in applicazione della previsione di esclusione dalla gara pure espressamente contenuta nella citata prescrizione, l’amministrazione procedente avrebbe dovuto necessariamente disporre la misura espulsiva dalla gara stessa delle dette partecipanti (quanto alla natura vincolante delle prescrizioni, sia per la puntuale esecuzione delle regole della gara, sia per le conseguenze connesse all’eventuale inadempimento, ex multis, Cons. Stato Sez. VI 5/10/2001 n. 5263).

La stazione appaltante ha trascurato di rilevare la manchevolezza documentale testé illustrata e, come dedotto fondatamente in prime cure dall’odierna appellata e correttamente accolto dal Tar, una siffatta omissione finisce con l’inficiare il procedimento concorsuale.

Parte appellante, a giustificazione del suo operato, invoca il fatto che le imprese controinteressate hanno prodotto la scheda tecnica 1.1 di cui allo schema tipo previsto dal D.M. n.123 del 12/3/2004, che prevede, tra l'altro, agli artt.1, 2 e 4, anche l'impegno del garante a rilasciare la garanzia fideiussoria per la cauzione definitiva, di guisa che tale documentazione soddisferebbe pienamente, ad avviso di ANAS, l'obbligo posto dalla prescrizione recata dal bando all'art.8, sub b), ma un siffatto ragionamento non giova affatto alla "causa" dell'appellante.

Invero, ad un'attenta disamina della normativa regolamentare contenuta nel citato D.M., si può agevolmente rilevare che sono ivi contemplate due distinte schede tecniche: a) la prima, denominata scheda tecnica 1.1, relativa allo schema tipico 1.1., corrispondente espressamente alla garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria ex art. 30 comma 1 della legge n.109/94;

b) la seconda, denominata scheda tecnica 1.2, relativa allo schema tipico 1.2, corrispondente alla garanzia fideiussoria per la cauzione definitiva, ex art.30 comma 2 della legge n.109/94.

Appare evidente che, quanto al documento prodotto dalle imprese in questione, la scheda tecnica 1.1, relativa allo schema tipo 1.1, si riferisce solo alla cauzione provvisoria e non può supplire alla produzione della dichiarazione dell'impegno a depositare una polizza fideiussoria per la cauzione definitiva, giacché, a questi ultimi fini, lo stesso regolamento di cui al citato D.M. prevede un'altra apposita scheda, la 1.2.

Se così è, la prescrizione relativa all'impegno alla produzione della polizza fideiussoria per la cauzione definitiva risulta sostanzialmente e formalmente elusa; e ciò non può non ridondare negativamente sul procedimento concorsuale, nel senso che avrebbe dovuto comportare l'espulsione delle imprese che sono contravvenute a tale obbligo, ciò che non è avvenuto, (ferma restando la rilevanza, ai fini dell'effettività della tutela giurisdizionale

azionata dall'appellata Impresa Bagalà, di un siffatto comportamento omissivo della stazione appaltante; ma, si badi, una tale circostanza, quanto al *thema decidendum*, non risulta essere stata messa minimamente in discussione).

Né si può dubitare della legittimità della prescrizione posta dal bando, dal momento che la stessa, oltre a non essere *contra legem*, non impone l'esecuzione di un adempimento illogico o gravoso, che di per sé la renderebbe, appunto, illegittima (cfr. Cons. Giustizia Amministrativa Regione Siciliana 9/12/2008 n.958).

L'appellante ANAS inoltre invoca il principio giurisprudenziale del *favor participationis*, che, però, nella specie, non può dirsi applicabile: il criterio della massima partecipazione nelle gare d'appalto può ritenersi violato in presenza di condizioni o clausole di dubbia interpretazione o applicazione (in tal senso, Cons. Stato Sez. V 26/1/2009 n.378) e una siffatta evenienza nel caso *de quo* non è affatto riscontrabile.

Per concludere, i profili di doglianza dedotti nei confronti della statuizioni rese con l'impugnata sentenza sono infondati, con conseguente conferma, lo si ribadisce, della qui gravata decisione.

Le spese e competenze del presente grado del giudizio seguono la regola della soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la parte appellante al pagamento delle spese e competenze del presente grado del giudizio che si liquidano complessivamente in euro 3.000,00 (tremila/00) oltre IVA e CPA..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2011

con l'intervento dei magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Fabio Taormina, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere, Estensore

Fulvio Rocco, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/01/2012

IL SEGRETARIO

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