

N. 09791/2011 REG.PROV.COLL.
N. 05679/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5679 del 2011, proposto da:

Soc. Arma Raggruppamento Officine Meccaniche Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Carlo Contaldi La Grotteria, con domicilio eletto presso Carlo Contaldi La Grotteria in Roma, Piazzale delle Medaglie D'Oro, 72;

contro

Ministero della Difesa, rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato, domiciliato per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

della esclusione dalla gara per l'affidamento del servizio di riparazione meccanica e di carrozzeria, a quantità indeterminata, di autoveicoli ruotanti e mezzi del genio in genere e loro parti staccate, impiegati e rientrati dai teatri operativi fuori area.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 ottobre 2011 il dott. Giuseppe Rotondo 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 ricorso in esame, la società ARMA ha impugnato il provvedimento datato 24 giugno 2011 con il quale essa è stata esclusa dalla gara per l'affidamento del servizio di riparazione meccanica e di carrozzeria (servizio diviso in 4 lotti del valore complessivo di € 416.666,65 e della durata di dodici mesi).

Il Ministero della Difesa aveva indetto una procedura ristretta accelerata per l'affidamento del suddetto servizio con lettera di invito del 27 maggio 2011.

Il seggio di gara, nella seduta del 22 giugno 2011, ha escluso la ricorrente dalla competizione “in quanto il notaio che ha autenticato la firma del funzionario che ha rilasciato la polizza fideiussoria inviata a garanzia dell’offerta, non ha attestato i poteri dello stesso come richiesto al punto 6.c) della lettera di invito”.

Il punto 6.c) della lex specialis così dispone: “nella busta documenti dovrà essere inserita la sottoelencata documentazione a pena di esclusione:... Il documento comprovante la costituzione della cauzione provvisoria ... La cauzione ... potrà costituirsi mediante ... fideiussione bancaria ... La firma dei funzionari che rilasceranno la polizza dovrà essere autenticata da un notaio (pena l’esclusione dalla gara) il quale dovrà, altresì, attestarne i relativi poteri. Non sono quindi valide, ai fini della regolarità della polizza, le dichiarazioni autenticate con le quali i funzionari della compagnia assicuratrice attestano l’emissione della polizza. Pertanto, non saranno prese in considerazione – con conseguente esclusione dalla gara – le polizze la cui firma apposta in calce non sia stata autenticata dal notaio”.

La ricorrente, nel gravarsi avverso il provvedimento di esclusione, deduce le

seguenti censure:

- a) la polizza reca una autentica di firma nella quale è specificato che chi ha sottoscritto è “procuratore della AXA Assicurazioni spa”;
- b) la lettera di invito prevede che non saranno prese in considerazione, con conseguente esclusione dalla gara, le polizze la cui firma apposta in calce non sia stata autenticata dal notaio; analoga sanzione non è prevista nella ipotesi in cui l'autentica non rechi l'attestazione dei poteri del funzionario;
- c) nel caso in cui una determinata formalità non sia prevista espressamente a pena di esclusione, deve prevalere il criterio teleologico su quello prettamente formale;
- d) l'art. 4, c. 2, lett. d) del D.L. n. 70/2011 ha introdotto il comma 1 bis all'art. 46 del D.Lvo n. 163/2011 che reca l'elenco delle cause di esclusione dalle procedure di evidenza pubblica; se dovesse ritenersi che l'autentica non corrisponde a quanto richiesto dalla lettera di invito, comunque non si potrebbe giungere alla esclusione della ricorrente dalla gara stante l'espressa previsione normativa di nullità della prescrizione escludente.

Si è costituito il Ministero della Difesa per mezzo dell'Avvocatura di Stato che ha depositato memoria in data 14 luglio 2011 chiedendo il rigetto del gravame.

Con ordinanza cautelare n. 2582/2011 (resa nella camera di consiglio del 12 luglio 2011) è stata respinta la domanda cautelare avanzata dalla ricorrente.

Il Consiglio di Stato, nella camera di consiglio del 26 luglio 2011, in riforma dell'ordinanza di prime cure, ha accolto l'istanza cautelare di primo grado, ammesso con riserva la ricorrente alla procedura di gara e compensato tra le parti le spese del doppio grado del giudizio cautelare.

Con memoria del 29 settembre 2011, la ricorrente insiste per l'accoglimento del gravame.

All'udienza del 19 ottobre 2011, la causa è stata trattenuta per la decisione.

Nei sensi che seguono le considerazioni del Collegio.

L'art. 54 del regio decreto 10 settembre 1914, n. 1326 (Approvazione del regolamento per l'esecuzione della L. 16 febbraio 1913, n. 89) riguardante l'ordinamento del notariato e degli archivi notarili) così recita:

“I notari non possono rogare contratti, nei quali intervengano persone che non siano assistite od autorizzate in quel modo che è dalla legge espressamente stabilito, affinché esse possano in nome proprio od in quello dei loro rappresentati giuridicamente obbligarsi”.

Dalla disposizione normativa in commento discende l'obbligo per il notaio di accertare la capacità legale di contrarre (rectius, l'estensione ed il fondamento del potere rappresentativo di impegnare la sfera giuridica propria o altrui) delle parti dell'atto rogando.

E' superfluo soggiungere che il suddetto obbligo vale per tutti i negozi giuridici in cui compare il notaio come ufficiale rogante o autenticante, nei quali egli è chiamato, per dovere professionale, a verificare la corrispondenza e/o l'ambito di rilevanza della sfera di attribuzioni delle parti rispetto all'oggetto dell'atto rogando o della certificazione resa.

Deve ritenersi, pertanto, che nell'autenticare - “giusta procura” - la firma del Sig. Cortellazzi nella qualità certificata di procuratore della AXA Assicurazioni s.p.a., il notaio abbia, nell'ambito della esplicazione del proprio dovere professionale, anche attestato, in re ipsa, il possesso in capo al procuratore medesimo dei relativi, sottesi poteri.

Naturalmente, deve escludersi che la certificazione in parola faccia fede fino a querela di falso civile circa l'effettiva possidenza da parte del procuratore di quegli specifici poteri (regolando, il citato art. 54, soltanto un dovere professionale); bensì, vale soltanto a conferire attendibilità, in parte qua ed iuris tantum, al contenuto della certificazione rilasciata dal notaio, ferma restando la potestà della stazione appaltante di appurare, successivamente all'espletamento della gara ed in sede di verifica o preverifica dei requisiti oggettivi e soggettivi della concorrente, eventualmente aggiudicataria, la

reale estensione dei poteri del procuratore che abbia sottoscritto la polizza fideiussoria, la cui firma sia stata autenticata dal notaio.

Rebus sic standibus, l'omessa esplicitazione formale, nella certificazione notarile, dei poteri del funzionario che ha rilasciato la polizza non poteva comportare, per ciò solo e come conseguenza immediata e diretta, l'esclusione della ditta ARMA dal procedimento di gara in quanto tale esplicitazione doveva ritenersi assolta, in re ipsa, nella stessa autenticazione di firma.

Piuttosto, ben poteva l'amministrazione acquisire dalla ricorrente l'originale della procura rilasciata al sig. Cortellazzi al fine di accertare la regolarità della documentazione di gara; accertamento che è ancora in facoltà della stazione appaltante effettuare prima di procedere alla formale e definitiva aggiudicazione della gara.

Procura di cui, per vero, si ignora l'esistenza in quanto non versata in atti di causa dalla ricorrente e neppure depositata da controparte.

Le considerazioni che precedono necessitano di un ulteriore approfondimento alla luce delle più recenti novità normative introdotte nell'ordinamento giuridico.

Il decreto legge n. 70/2011, convertito dalla legge n.106/2011, ha modificato gli artt. 38 e 46 del codice dei contratti (D.Lvo n. 163/2006) in merito:

-alla elencazione dei requisiti generali che le imprese devono possedere per partecipare alle gare e per stipulare i contratti di appalto e subappalto con le pubbliche amministrazioni (art. 38: intestazione fiduciaria; sicurezza e lavoro; rappresentanti persone giuridiche; pagamenti fiscali; false dichiarazioni; contributi; soggetti disabili);

-alle cause di esclusione dalle gare d'appalto (art. 46, c. 1 bis: che ha cambiato anche titolo diventando "Documenti e informazioni complementari – tassatività delle cause di esclusione").

Per quanto di interesse ai fini della presente controversia, rilevano le modifiche apportate all'art. 46 del D.Lvo n., 163/2006, al quale il decreto c.d. "Sviluppo" ha aggiunto ex novo il comma 1-bis.

Il testo novellato prevede che: "La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

Evidente la ratio del novellato articolo 46 del codice dei contratti.

Il Legislatore, ispirato anche dal principio del favor participationis, ha limitato il numero di esclusioni fondate su elementi di carattere formale.

L'intento è stato quello di tutelare in modo sostanziale e concreto il principio di derivazione comunitaria della concorrenza oltre quello, più squisitamente politico-economico-sociale, di ridurre il contenzioso in materia di appalti.

Secondo il nuovo testo del citato art. 46, la stazione appaltante può escludere le imprese dalla gara di appalto esclusivamente in caso di:

- mancato adempimento a prescrizioni di legge previste dal codice degli appalti, dal regolamento attuativo (DPR n. 207/2010) e da altre disposizioni legislative vigenti;
- incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali;
- non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione

o altre irregolarità relative alla chiusura del plico, tale da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

Queste cause di esclusione sono tassative ed ogni altra prescrizione prevista dagli atti di gara deve considerarsi nulla (nullità testuale).

Il Collegio ritiene che, seppure lo sforzo Legislatore sia apprezzabile, l'interpretazione delle norme non possa andare a discapito dell'altro fondamentale principio della par condicio o della certezza dell'agire della pubblica amministrazione.

Si tratta di appurare, pertanto, se nel caso concreto siano state o meno violate le norme regolatrici dell'appalto ed insieme a queste i cennati principi informatori della procedura di gara.

Ad un più approfondito esame degli atti e della documentazione, propria della fase di merito, il Collegio ritiene il ricorso fondato.

L'amministrazione ha escluso dalla gara la ricorrente in quanto il notaio, nell'autenticare la firma del funzionario che ha rilasciato la polizza fideiussoria inviata a garanzia dell'offerta, non ha attestato i poteri dello stesso come richiesto al punto 6.c) della lettera di invito.

Ad avviso del Collegio, la mancata attestazione notarile dei poteri del funzionario che rilascia la polizza fideiussoria è circostanza che non incide – tenuto conto anche di quanto più sopra argomentato - sul contenuto formativo dell'offerta in quanto non priva di certezza la provenienza della garanzia, né impedisce a quest'ultima di raggiungere il suo scopo.

In altri termini, l'offerta della ricorrente non perde i caratteri di provenienza e, dunque, certezza, attendibilità ed affidabilità.

Può ben dirsi, dunque, che l'attestazione relativa ai poteri del funzionario che rilascia la polizza, attenendo al contenuto meramente formale della garanzia, non si attegga ad elemento integrativo co-necessario dell'offerta, con la conseguenza che, ove anche essa mancante o incompleta o erronea,

non ne rende incerto il suo contenuto sostanziale non atteggiandosi, essa, ad elemento costitutivo dell'offerta medesima.

Si tratta, in altri termini, di un requisito che può essere accertato anche successivamente senza inficiare la par condicio competitorum.

La determinazione impugnata si pone, pertanto, in palese contrasto con la statuizione di cui all'art. 46, c. 1-bis del D.Lvo n. 163/2006.

L'amministrazione ha fatto applicazione al caso di specie di una causa di esclusione non prevista dal codice degli appalti, né dal regolamento di attuazione, bensì inserita da essa nel bando spontaneamente ed in quanto tale nulla di diritto.

Sulla scorta delle prefate argomentazioni, il Collegio ritiene illegittima l'esclusione dalla gara della ricorrente siccome disposta in violazione del citato art. 46, c. 1 bis del D.Lvo n. 163/2011 nonché dei principi ispiratori del novellato articolo (id est, favor participationis); mentre non appaiono sacrificati, nella circostanza, a ragione di quanto sopra esposto, i concorrenti principi di certezza dell'agire dell'amministrazione e di par condicio.

Il ricorso, pertanto, è fondato e va, perciò, accolto con annullamento del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara de qua.

L'effetto conformativo che ne consegue è l'ammissione della ricorrente alla gara medesima, salve le successive le successive determinazioni dell'amministrazione per quanto sopra argomentato.

Sussistono eccezionali e giusti motivi, in ragione della novità della questione, per disporre la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Bis) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla, nei sensi in motivazione, il provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara per l'affidamento del "servizio di

riparazione meccanica e di carrozzeria di autoveicoli ruotanti e mezzi del
genio in genere e loro parti staccate, impiegati e rientrati dai teatri operativi
fuori area”.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2011
con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Giancarlo Luttazi, Consigliere

Giuseppe Rotondo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/12/2011

IL SEGRETARIO

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