

N. 02848/2012REG.PROV.COLL.
N. 02645/2010 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 in appello n. 2645 del 2010, proposto da Fontana costruzioni s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo RTI con La Vela Group s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Biagio Capasso, ed elettivamente domiciliata, unitamente al difensore, presso lo studio Terracciano – Di Bonito in Roma, largo Arenula n. 34, come da mandato a margine del ricorso introduttivo;

contro

Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del presidente legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, e presso la stessa domiciliata ex lege in Roma, via dei Portoghesi n.12;

Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della protezione civile, in persona del capo dipartimento quale commissario delegato per l'emergenza in ordine agli eccezionali eventi sismici che hanno interessato la provincia di l'Aquila ed altri comuni della regione Abruzzo il giorno 6 aprile 2009, giusta il d.P.C.M. del 6 aprile 2009, rappresentata e difesa

dall'Avvocatura generale dello Stato, e presso la stessa domiciliata ex lege in Roma, via dei Portoghesi n.12;

Ministero dell'interno, in persona del ministro legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

Regione Abruzzo, in persona del presidente legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

nei confronti di

Ille prefabbricati s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di mandataria del RTI con Belwood s.p.a., non costituita in giudizio;

Consorzio Forcase, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

Groupama Assicurazioni s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione prima, n. 4321 del 19 marzo 2010 e del dispositivo di sentenza n. 50 del 16 febbraio 2010;

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 febbraio 2012 il Cons. Diego Sabatino e uditi per le parti l'avvocato Biagio Capasso e l'avvocato dello Stato Verdiana Fedeli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso iscritto al n. 2645 del 2010, Fontana costruzioni s.p.a. propone appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione prima, n. 4321 del 19 marzo 2010, preceduta dalla pubblicazione del dispositivo di sentenza n. 50 del 16 febbraio 2010, con la quale è stato respinto il ricorso proposto contro la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Dipartimento della protezione civile, la Regione Abruzzo, il Consorzio Forcase, la Groupama Assicurazioni s.p.a. e Ille prefabbricati s.p.a. per l'annullamento: a) del decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della Protezione Civile n. 3932 del 17.7.2009, recante la decadenza dell'ATI Fontana Costruzioni s.p.a./La Vela Group s.r.l., dall'aggiudicazione del lotto di fornitura relativo alla gara per la progettazione e realizzazione di edifici residenziali da costruire al di sopra di piastre sismiche isolate; b) della nota prot. n. 00228751 del 17.7.2009, successivamente pervenuta, di comunicazione del predetto decreto, se ed in quanto lesiva; c) delle note del Presidente del Consorzio Forcase del 7.7.2009, prot. n. U26/09 e del 15.7.2009, ivi richiamate, mai comunicate; d) di ogni altro atto e provvedimento preordinato, collegato, connesso e conseguente, ivi comprese le note prot. n. 0026294 del 7.7.2009; n. 26627 dell'8.7.2009 e n. 00274455 del 13.7.2009, se ed in quanto lesive; nonché dei seguenti atti impugnati con i primi motivi aggiunti: a) decreto rep. n. 5301 del 14.9.2009; b) art. 7 delle Norme Generali del Capitolato speciale d'appalto e il bando di gara, in parte qua, se ed in quanto lesivi; nonché dei seguenti atti impugnati con i secondi motivi aggiunti: a) del decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Protezione civile n. 4692 del 21.8.2009, successivamente notificato, recante conferma della decadenza dell'ATI Fontana Costruzioni s.p.a./La Vela Group s.r.l. dell'aggiudicazione del lotto di fornitura relativo all'appalto per la progettazione e la realizzazione di edifici residenziali da costruire sopra piastre sismicamente isolate; b) della nota del Prefetto della Provincia di

Caserta prot. n. 1302712b/12b616/ANT ARE 1^ del 14.7.2009, con la quale si assume che nei confronti della società Fontana Costruzioni s.p.a. e del sig. Fontana Nicola, sussistono le cause interdittive di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 490/94, pur in assenza delle cause di cui all'art. 10 della l. 31.05.1965, n. 57; c) della nota di trasmissione del provvedimento sub lett. b) della Prefettura dell'Aquila del 27.7.2009, prot. 111/2009720230/09, ivi richiamata se ed in quanto lesiva; d) di ogni altro atto, e provvedimento, preordinato, collegato, connesso e conseguente.

A sostegno delle doglianze proposte dinanzi al giudice di prime cure, la parte ricorrente aveva ricordato, in via preliminare, che, a seguito degli eventi calamitosi che hanno colpito la Regione Abruzzo, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, con d.l. 28.4.2009, n. 77, aveva approvato un programma straordinario e urgente per la realizzazione di abitazioni, da destinare in via temporanea ai terremotati, denominato "Progetto Case".

In attuazione del predetto programma, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Protezione civile, aveva pubblicato un bando di gara per "la selezione di operatori economici per la progettazione e realizzazione di edifici residenziali (n. 30 lotti costituito ognuno da cinque edifici, per un totale di 150 edifici) al di sopra di piastre sismicamente isolate".

Alla predetta gara aveva partecipato anche l'Ati odierna ricorrente, che, a seguito della selezione, era stata dichiarata vincitrice di un lotto per l'importo di euro 9.790.000,00, giusto decreto di aggiudicazione n. 3100 del 13.6.2009.

Successivamente, in ragione dell'urgenza, veniva consegnato il cantiere, con riserva di verifica del possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara.

E' tuttavia avvenuto che, con nota n. 26294 del 7.7.2009, l'amministrazione abbia comunicato alla ricorrente, relativamente alla verifica del possesso del requisito dichiarato in sede di gara, concernente la "documentazione

comprovante l'esecuzione di lavori con tipologia costruttiva simile a quella offerta eseguiti nel triennio 2006 – 2008 per un importo non inferiore a euro 6.000.000,00”, la necessità di acquisire ulteriore documentazione “puntualmente comprovante in via specifica il possesso del suddetto requisito”, pena la dichiarazione di decadenza dall'aggiudicazione dell'appalto.

La ricorrente replicava di avere già prodotto la documentazione richiesta, allegandola comunque nuovamente ed evidenziando “la tipologia a pareti portanti così come già proposto nel progetto in fase di offerta”.

Con ulteriore nota dell'8.7.2009, la stazione appaltante comunicava che la documentazione trasmessa “non consente ancora di chiarire se codesta Ati nel triennio abbia effettuato lavori con tipologie costruttive simili a quella offerta in sede di gara”. Pertanto veniva richiesto alle ricorrenti di “precisare e documentare in modo specifico e dettagliato, anche attraverso la produzione dei relativi Sal, le categorie d'opera (strutture, finiture, impianti etc.), con indicazione degli importi di lavoro realizzati per ciascuna di esse, del quale intende avvalersi per dimostrare il possesso del requisito previsto in sede di gara”.

Le imprese ricorrenti inviavano, tra l'altro, i certificati lavori con le relative documentazioni contabili attestanti l'effettiva realizzazione, nei tempi e nei modi predetti, delle seguenti opere: 1) Completamento scuola media F. Illuminato e Museo Ipogeo in Mugnano di Napoli (opere edili e impianti, sottolinea l'Ati Fontana, sono tipologicamente e tecnologicamente simili a quelle offerte); 2) Realizzazione Istituto Comprensivo in Villarica (Na) – I lotto; 3) Consorzio sole – Lavori di ristrutturazione e riconversione presso l'edificio denominato “Villa” nel Parco Ammaturo in Giugliano in Campania (Na) (la struttura di copertura, prosegue parte ricorrente, è identica a quella da offerta); 4) Enea – gestione e manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti tecnologici del Centro ricerche Enea a Portici

(Na); 5) Realizzazione di un fabbricato per attività industriale in S. Cipriano d'Aversa (la struttura è a telai e pannelli portanti prefabbricati, tipologicamente simile a quella offerta); 6) Lavori di riqualificazione ambientale e recupero funzionale dell'ex deposito del CTP di Napoli in Aversa (CE).

L'amministrazione ha però ritenuto siffatta documentazione insufficiente, invitando l'Ati Fontana a dimostrare che i lavori oggetto dei certificati di esecuzione fossero specificamente riferiti a "pareti portanti in legno".

Infine, con il provvedimento impugnato con il ricorso principale, l'amministrazione ha disposto la decadenza dell'aggiudicataria ritenendo che i certificati e la documentazione trasmessa non si riferissero a lavori simili a quelli oggetto di gara.

Avverso siffatte determinazioni, parte ricorrente deduceva:

1) Violazione e falsa applicazione d.lgs. n. 163 del 12.4.2006 – Violazione del bando di gara – Violazione l. n. 241 del 1990 - Eccesso di potere – Erroneità – Inesistenza dei presupposti – Difetto di motivazione – Violazione del giusto procedimento.

Il bando di gara prevedeva, tra l'altro, la presentazione, a pena di esclusione, di "documentazione comprovante l'esecuzione di lavori con tipologia costruttiva simile a quella offerta eseguiti nel triennio 2006/2008 per un importo non inferiore a euro 6.000.000,00".

La documentazione presentata, sostiene l'Ati Fontana, è stata esaminata in corso di gara, con la conseguente preclusione, per la stazione appaltante, di sindacare e/o rettificare le decisioni di natura valutativo – discrezionale assunte dalla commissione giudicatrice.

Secondo parte ricorrente, l'art. 3 del bando prescrive, esclusivamente, la verifica delle "dichiarazioni" rese dai concorrenti e non dei documenti presentati in sede di gara, la cui valutazione deve ritenersi assolta, ed esaurita, in tale sede.

La stazione appaltante si ostina a pretendere, soggiunge, la perfetta identità tra i lavori eseguiti (e documentati) e quelli oggetto della proposta costruttiva la quale, invece, non è richiesta da alcuna disposizione del bando di gara.

2) Violazione e falsa applicazione del t.u. n. 163 del 12.4.2006 – Violazione del bando di gara – Violazione l. 7.8.1990, n. 241 – Eccesso di potere – Erroneità – Inesistenza dei presupposti – Difetto di motivazione.

L'Ati Fontana ha offerto l'utilizzo di una tecnologia in legno denominata "platform frame", molto usata nei paesi anglosassoni e del Nord – Europa, a struttura portante solitamente in legno massiccio, con montanti verticali e orizzontali.

Vi è, a dire della ricorrente, un totale similitudine tra i lavori documentati e quelli oggetto dell'offerta (produce, all'uopo, una relazione tecnica), specie ove gli stessi vengano posti in rapporto all'intero processo costruttivo che comprende anche i materiali per le rifiniture, gli isolamenti, i componenti per gli impianti, tutti gli elementi strutturali e il loro assemblaggio.

Si sono costituite, per resistere, la Presidenza del Consiglio dei Ministri e la società Ille Prefabbricati s.p.a., in proprio e quale capogruppo mandataria del r.t.i. tra le imprese Ille Prefabbricati s.p.a. e Belwood s.r.l..

L'Ati Fontana ha quindi proposto un primo ricorso per motivi aggiunti avverso il provvedimento con il quale la stazione appaltante ha disposto l'escussione della cauzione provvisoria, per l'importo complessivo di euro 110.000,00 nonché avverso l'art. 7 delle "Norme Generali" del Capitolato speciale d'appalto.

E' bene precisare che, tra le premesse di siffatto provvedimento, si richiama anche il decreto rep. n. 4692 del 21.8.2009 (di "conferma" dell'esclusione dell'Ati Fontana dalla gara di cui si controverte in ragione, anche, di una c.d. "interdittiva" antimafia emessa dalla Prefettura di Caserta).

Tale decreto, unitamente alle determinazioni dell'amministrazione

dell'Interno, sebbene cronologicamente precedenti a quello ora in esame, sono stati impugnati solo successivamente e formano oggetto dei secondi motivi aggiunti.

Avverso l'escussione della cauzione provvisoria, parte ricorrente deduce:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 48 t.u. n. 163 del 12.4.2006 – Violazione del bando di gara – violazione l. 7.8.1990, n. 241 – Eccesso di potere – Erroneità – Inesistenza dei presupposti – Difetto di motivazione – Violazione del giusto procedimento.

L'incameramento della cauzione provvisoria viene previsto, dal bando, quale forma di sanzione per l'insussistenza della documentazione atta a comprovare i requisiti dichiarati ovvero nel caso in cui la documentazione prodotta o comunque acquisita dall'amministrazione dimostri che l'aggiudicatario ha reso dichiarazioni non veritiere.

Il bando, però, non prevedeva alcuna dichiarazione da rendere in ordine alla pregressa esecuzione di opera simili a quelle oggetto di offerta, bensì, direttamente, la produzione della documentazione attestante la capacità tecnica ed economico – finanziaria per l'esecuzione dei lavori.

L'ati ricorrente ha documentato sin dalla presentazione della propria offerta l'avvenuta esecuzione di lavori che essa riteneva simili a quelli oggetto di gara, senza, dunque, che possa esserle addebitata la diversa valutazione svolta dalla stazione appaltante.

2) Violazione e falsa applicazione del t.u. n. 163 del 12.4.2006 – Violazione del bando di gara – Violazione l. 7.8.1990, n. 241 – Eccesso di potere – Erroneità – Inesistenza dei presupposti – Difetto di motivazione – Violazione del giusto procedimento.

Parte ricorrente premetteva di avere già impugnato il provvedimento prot. n.1302712b/12b16/ANT/Area I^ del 14 luglio 2009 della Prefettura di Caserta, dinanzi al TAR Campania. Essa riteneva, comunque, che siffatta interdittiva non fosse, di per sé, idonea a giustificare l'incameramento della

cauzione provvisoria, posto che, nella fattispecie, l'insussistenza delle cause ostative previste dall'art. 4 del d.lgs. n. 490/94 non doveva essere oggetto di "dichiarazione" da parte delle concorrenti. Trattasi, del resto, di un requisito di ordine generale in relazione al quale la giurisprudenza esclude, pacificamente, l'applicabilità della sanzione accessoria dell'escussione della polizza fideiussoria.

3) Sull'illegittimità dell'art. 7 del capitolato speciale d'appalto, nonché del bando di gara, in parte qua.

La disposizione in rubrica introduce elementi di forte contraddittorietà nell'ambito della lex specialis di gara in quanto il requisito la cui mancanza è stata, nella fattispecie, sanzionata, non doveva essere oggetto di alcuna dichiarazione.

Come già accennato, l'Ati Fontana ha quindi impugnato anche il provvedimento di "conferma" della decadenza dall'aggiudicazione del lotto di fornitura relativo all'appalto per la progettazione e realizzazione di edifici residenziali da costruire sopra piastre sismicamente isolate, motivato con il richiamo alla c.d. "interdittiva" resa dalla Prefettura di Caserta in data 14 luglio 2009.

Deduceva:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 4 del d.lgs. 8.8.1994, n. 490 e d.P.R. n. 252 del 3.6.1998 - Violazione art. 10 l. 31.5.1965, n. 575 e d.l. 6.9.1982, n. 629, convertito nella l. 726 del 1982 - Violazione l. 7.8.1990, n. 241 - Eccesso di potere - Erroneità - Inesistenza dei presupposti - Genericità - Difetto di motivazione.

Non è chiara la natura dell' "informativa" prefettizia richiamata nel provvedimento commissariale. Nel caso in cui la stessa appartenga al novero delle c.d. informative "atipiche", se ne evidenzia l'insufficiente approfondimento istruttorio in quanto, almeno apparentemente, fondata sulla sola posizione dell'amministratore unico della società Fontana

Costruzioni s.p.a., a carico del quale non risultano però procedimenti penali, definiti, ovvero in corso.

2) Violazione e falsa applicazione art. 4 d.lgs. 8.8.1994, n. 490 e d.P.R. n. 252 del 3.6.1998 – Violazione e falsa applicazione art. 10 l.n. 575 del 1965 e d.l. 6.9.1982, n. 639, convertito nella l. 726 del 1982 – Violazione l. 7.8.1990, n. 241 – Eccesso di potere – Inesistenza dei presupposti – Erroneità.

Dalla certificazione della Camera di Commercio è possibile evincere che nessuno degli amministratori della Fontana Costruzioni risulta sottoposto a procedimento penale in corso ovvero concluso.

Costituitasi la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della protezione civile, nonché Ille prefabbricati s.p.a., il ricorso veniva deciso con la sentenza appellata, preceduta dall'autonomo deposito del dispositivo. In essa, il T.A.R. riteneva infondate le censure proposte, sottolineando la correttezza dell'operato della pubblica amministrazione, in relazione soprattutto alla necessità di accertare il possesso dei requisiti tecnici in capo all'impresa appellante.

Contestando le statuizioni del primo giudice, la parte appellante, impugnando prima il dispositivo di sentenza e poi, con motivi aggiunti, la decisione nella sua interezza, evidenzia l'errata ricostruzione in fatto ed in diritto operata dal giudice di prime cure, in relazione alla pregressa e positiva valutazione operata dalla commissione valutatrice in merito alla detta questione principale del possesso dei requisiti.

Nel giudizio di appello, si è costituita l'Avvocatura dello Stato per la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della protezione civile, chiedendo di dichiarare inammissibile o, in via gradata, rigettare il ricorso.

All'udienza del 28 febbraio 2012, il ricorso è stato discusso ed assunto in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello non è fondato e va respinto per i motivi di seguito precisati, che verranno esaminati seguendo la scansione indicata nei motivi aggiunti, proposti a seguito della pubblicazione della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione prima, n. 4321 del 19 marzo 2010, facendo altresì riferimento ai motivi dell'atto di appello che, in quanto proposti sulla base del mero dispositivo di sentenza n. 50 del 16 febbraio 2010, appaiono necessariamente di tenore più generico.

2. - Con il primo dei motivi aggiunti (pag. 9 -16), si denuncia error in iudicando, violazione del D.Lgs. n. 163 del 2006, violazione della legge n. 1034 del 1971. In concreto, viene lamentata l'erroneo comportamento della stazione appaltante nell'aver preteso la dimostrazione della perfetta identità tra le tipologie dei lavori eseguiti e documentati e quelli oggetto della proposta costruttiva, in contrasto con il bando di gara che richiedeva invece elementi di prova della sola somiglianza. Lo stesso argomento è contenuto nel primo motivo dell'atto di appello.

2.1. - La doglianza non può essere condivisa.

Come evidenziato in fatto, la lesione lamentata dall'appellante consiste nel fatto di essere stata dichiarata decaduta, quale associazione temporanea di imprese, dall'aggiudicazione del lotto di fornitura relativo alla procedura di selezione finalizzata alla ricerca di "operatori economici per la progettazione e realizzazione di edifici residenziali (n. 30 lotti costituito ognuno da cinque edifici per un totale di centocinquanta edifici) al di sopra di piastre sismicamente isolate", indetta con bando del 22 maggio 2009 della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della Protezione Civile - Ufficio Amministrazione e Bilancio, da realizzarsi nel territorio comunale dell'Aquila, per le esigenze connesse alla immediata sistemazione alloggiativa della popolazione della Regione Abruzzo colpita dal sisma del 6 aprile 2009, ai sensi del combinato disposto di cui all'art. 2, comma 9, del decreto legge 28 aprile 2009, n. 39, dell'art. 58 del D.Lgs. 163 del 2006 e

s.m.e.i., dell'art. 5 comma 2 dell'Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri del 15 Aprile n. 3775 e dell'art. 6 dell'Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri del 19 Maggio 2009 n. 3771.

La procedura di gara, che prevedeva sia profili progettuali che esecutivi “di un lotto minimo composto da cinque edifici residenziali”, al fine di comprovare la capacità tecnica per l'esecuzione dei lavori, prevedeva, a pena di esclusione, l'obbligo di presentare, tra l'altro, la “documentazione comprovante l'esecuzione di lavori con tipologia costruttiva simile a quella offerta, eseguiti nel triennio 2006 – 2008, per un importo non inferiore a 6.000.000, 00” di euro (“Contenuto del plico” – lett. f).

Prevedeva inoltre, stante la particolarità della situazione, che i lavori sarebbero stati comunque affidati nelle more degli accertamenti di rito e che, “in caso di mancato possesso dei requisiti di ordine morale, economico – finanziario e tecnico dichiarati l'affidamento si intenderà risolto di diritto e nulla sarà dovuto alla società per l'attività svolta”, previsione che veniva peraltro reiterata nell'ambito del decreto di aggiudicazione definitiva, disponendo altresì l'incameramento della cauzione provvisoria qualora “l'aggiudicatario non fornisca la documentazione necessaria a comprovare la sussistenza dei requisiti dichiarati ovvero qualora la documentazione prodotta o comunque acquisita dall'amministrazione dimostri che l'aggiudicatario ha reso dichiarazioni non veritiere”.

Sulla scorta di tale organizzazione della disciplina di gara, l'appellante lamenta l'illegittimità della declaratoria della decadenza in quanto la stazione appaltante avrebbe dovuto unicamente verificare il possesso dei requisiti come dichiarati in sede di gara, dovendosi ritenere che i requisiti giustificati sulla base di apposita documentazione dovessero considerarsi accertati avendo già formato oggetto di positivo apprezzamento da parte della commissione giudicatrice, facendo venire meno ogni altra attribuzione della stazione appaltante.

La Sezione non condivide questo assunto, sulla base di una valutazione in senso ampio dei rapporti tra la commissione giudicatrice e la stazione appaltante, da un lato, ed in relazione alla disamina concreta della vicenda peculiare qui in scrutinio, dall'altro.

In merito al primo punto, va rilevato, secondo un principio recentemente ribadito dalla Sezione (Consiglio di Stato, sez. IV, 26 marzo 2012, n. 1766), come i poteri della stazione appaltante abbiano un contenuto ampio, che non viene assorbito e esaurito dalle decisioni della commissione giudicatrice, ben potendo l'amministrazione sempre disporre in merito al contratto in relazione ai suoi "poteri trasversali di controllo ... che non discendono dalla rigida scansione prefigurata dagli art. 11 e 12 del codice dei contratti pubblici, ma dalla diversa, e più generale, facoltà attribuita a norma dell'art. 81 comma 3 dello stesso codice". Pertanto, "seppure dal contesto normativo emergano indici che possano far pensare ad un'attribuzione esclusiva in favore della sola commissione delle valutazioni tecniche (si ponga mente all'indicativo usato dal comma 1 dell'art. 84 nel prevedere che <la valutazione è demandata ad una commissione giudicatrice> e nel particolare complesso di cautele che circondano la nomina della commissione stessa e la scelta dei suoi componenti), occorre del pari evidenziare come il potere in esame sia espressamente connotato in rapporto ai presupposti per il suo esercizio (la convenienza o l'idoneità dell'offerta) e si giustifichi in relazione alle attribuzioni negoziali, che rimangono saldamente in capo alla stazione appaltante".

Già in astratto, quindi, non può condividersi l'assunto dell'appellante in merito all'intervenuto esaurimento, a seguito della decisione della commissione giudicatrice, del potere di valutazione dei requisiti tecnici.

Venendo invece al secondo profilo, direttamente riferito al particolare caso di specie, ribadendo come dal bando di gara emerge che gli "accertamenti di rito" sarebbero stati effettuati successivamente all'aggiudicazione e che il

compito della commissione di gara era quello di valutare il merito tecnico dei progetti presentati (pag. 7 del bando), deve ritenersi corretta la valutazione così operata, dove si afferma che la documentazione trasmessa dalla ricorrente “non consente di chiarire in modo inequivocabile la tipologia costruttiva cui fa riferimento”, non potendosi accertare il requisito relativo all’esperienza maturata nell’esecuzione di lavori “con tipologia costruttiva simile a quelle offerta”.

Va sottolineato che la stazione appaltante aveva già precisato la nozione di somiglianza tra le offerte sul proprio sito internet ed in risposta alle richieste di chiarimenti delle ditte aspiranti alla partecipazione alla gara, stabilendo che “per tipologia costruttiva simile a quella offerta si fa riferimento al sistema costruttivo (materiali, componenti, modalità di assemblaggio) e non alla destinazione d’uso. A titolo esemplificativo, nel caso di proposta di un sistema prefabbricato a pareti portanti, si fa riferimento ad interventi, anche non residenziali, realizzati con la stessa tecnica”. Pertanto, la valutazione dell’elemento in questione era stato conformato, secondo il tema della discrezionalità tecnica organizzata, dalla stessa stazione appaltante, selezionando i criteri sulla base dei quali sarebbe stato operato il giudizio.

Pertanto, come ben risulta dalla pronuncia del giudice di prime cure, i documenti allegati danno prova della mancata indicazione del tipo di struttura portante e delle modalità di montaggio ed assemblaggio, tralasciando parimenti di evidenziare le analogie con la tecnica e i materiali proposti. Invero, tali analogie sono dedotte esclusivamente in relazione al tetto in lamellare realizzato in occasione dei lavori di ristrutturazione e riconversione di un unico edificio (quello sito in Giugliano, per un importo unitario al di sotto di quello richiesto).

Se si raffronta il detto sostrato argomentativo con l’esteso ambito della nozione di somiglianza a cui faceva riferimento la stazione appaltante,

appare quindi palmare la necessità degli approfondimenti istruttori, richiesti dall'amministrazione e non esaustivamente forniti dall'appellante, proprio in merito ad un profilo rilevante, ossia quello che "i lavori adottati a dimostrazione del requisito si riferiscano a strutture portanti in legno".

La mancata dimostrazione di tale elemento, peraltro non emersa neppure a seguito delle produzioni in grado di appello, dimostra la correttezza dell'azione della pubblica amministrazione, come esattamente notato dal T.A.R..

3. - Sempre nell'ambito del primo dei motivi aggiunti (pag. 17 – 26), viene lamentata l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha disposto l'incameramento della cauzione prestata. La doglianza si articola su due diversi profili, evidenziando, da un lato, l'inesistenza del presupposto per l'incameramento, determinato dal fatto che il bando faceva riferimento alla presentazione di "dichiarazioni non veritiere" mentre l'appellante aveva esibito, già in sede di offerta, documentazione, e non dichiarazioni, in tema di possesso dei requisiti di capacità tecnica richiesti dal bando; e dall'altro, sempre nell'ambito del primo dei motivi aggiunti (pag. 26 – 27), viene ripresa la censura dedotta in primo grado in relazione all'illegittimità della previsione del bando di gara, in relazione all'art. 7 del capitolato speciale d'appello, rigettata dal T.A.R. "con argomentazioni assolutamente prive di logica e di fondamento".

3.1. - Entrambe le censure vanno respinte.

In merito alla seconda questione, va detto che si pone ai limiti dell'ammissibilità, atteso che l'appellante afferma apoditticamente che la sentenza abbia respinto tale doglianza "con argomentazioni assolutamente prive di logica e di fondamento", senza suffragare in alcun modo tale asserzione.

Al contrario, il giudice di prime cure ha osservato come l'incameramento sia ricondotto all'istituto della caparra confirmatoria e quindi alla garanzia

della serietà e affidabilità dell'offerta (così, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 11 maggio 2009, n. 2885), sottolineando la correlazione tra questo istituto e la violazione dell'obbligo di diligenza e dell'esatta e veritiera produzione documentale nelle trattative precontrattuali, che grava su ciascun concorrente sin dalla fase di partecipazione e di presentazione delle offerte.

L'argomentazione del T.A.R., che ha anche evidenziato l'ambito ristretto coperto dall'indagine in ordine all'elemento psicologico del concorrente, appare del tutto convincente e, sicuramente, non attaccabile sulla base di una mera assunzione dell'appellante, non supportata da alcun elemento argomentativo.

In merito al primo profilo, sull'esistenza del presupposto per l'incameramento, va rilevato che il detto provvedimento trova la sua diretta fonte nell'art. 7 delle "Norme generali" del capitolato speciale, secondo cui "la cauzione provvisoria verrà incamerata qualora ... l'aggiudicatario non fornisca la documentazione necessaria a comprovare la sussistenza dei requisiti dichiarati ovvero qualora la documentazione prodotta o comunque acquisita dall'amministrazione dimostri che l'aggiudicatario ha reso dichiarazioni non veritiere".

La Sezione osserva come correttamente il giudice di prime cure abbia posto in rilievo la peculiarità del bando di gara, in base al quale la verifica dell'idoneità di siffatta documentazione a comprovare il possesso dei requisiti richiesti sarebbe avvenuto unicamente ex post. La detta struttura disciplinare poneva quindi a carico del competitore dichiarante un onere di particolare diligenza in merito all'affermazione dell'esistenza dei requisiti tecnici, in guisa che, dal punto di vista procedurale, era evidente la piena assimilabilità dei requisiti dichiarati con quelli solo provvisoriamente documentati.

Pertanto, non appare conferente il distinguo fatto dall'appellante, che mira

a individuare l'elemento di discriminazione tra fatti legittimanti l'incameramento della cauzione e quelli invece irrilevanti, in relazione alla circostanza che la prova sia avvenuta sulla base di una mera dichiarazione o se sia invece stata suffragata da una produzione documentale. La struttura particolare del bando, dovuta alla peculiarità delle esigenze da soddisfare, assimila dal punto di vista procedimentale le due diverse fattispecie, imponendo la necessaria equiparazione anche dal punto di vista degli esiti giuridicamente rilevanti.

4. - Con il terzo dei motivi aggiunti (pag. 28 – 29, mentre non si rinviene un motivo indicato come secondo nell'ambito del ricorso per motivi aggiunti), si lamenta l'errata declaratoria di improcedibilità dei secondi motivi aggiunti proposti contro l'interdittiva antimafia emessa dalla Prefettura di Caserta. Nel dettaglio, l'amministrazione aveva ritenuto di dovere "confermare la validità" del suddetto provvedimento di decadenza, anche alla luce di un'informativa resa dal Prefetto di Caserta in data 14 luglio 2009, ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 490 del 1994, nei confronti della società Fontana Costruzioni e di Fontana Nicola, amministratore unico della predetta società. La censura sulla dichiarata improcedibilità è presente anche nel ricorso introduttivo (pag. 9).

4.1. - La censura va respinta.

Va condivisa l'affermazione del T.A.R. che ha rilevato come dall'eventuale accoglimento delle censure dedotte in tale seconda fase procedimentale la parte oggi appellante non avrebbe potuto conseguire alcun risultato utile, stante l'accertata correttezza dell'intervenuta pregressa decadenza.

Peraltro, stante l'intervenuto definitivo annullamento dell'interdittiva antimafia, come dichiarato nel ricorso d'appello (pag. 28), il T.A.R. non doveva neppure pronunciarsi incidentalmente su tale vicenda.

Venendo quindi meno l'interesse della parte, correttamente il giudice non si è pronunciato sul merito della questione.

5. - Con un'ultima notazione (pag. 30), viene lamentata la mancata predisposizione di una consulenza tecnica da parte del T.A.R. per accertare l'effettiva similarità dei lavori.

5.1. - Anche tale doglianza non può essere accolta.

Come si è sopra evidenziato, la stazione appaltante aveva precisato i criteri di valutazione della similarità, esplicitamente chiedendo elementi istruttori, non ottenuti, all'appellante. Peraltro, nemmeno la documentazione tecnica esibita, anche nell'ambito del giudizio di appello, appare idonea a scalfire le considerazioni espresse dall'amministrazione e condivise dal T.A.R. e, come prima visto, anche da questa Sezione.

Non esistevano, né sussistono ora, i presupposti per il detto accertamento tecnico, stante la completezza istruttoria della causa.

6. - L'appello va quindi respinto. Le spese processuali seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, così provvede:

1. Respinge l'appello n. 2645 del 2010;
2. Condanna Fontana costruzioni s.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo RTI con La Vela Group s.r.l., a rifondere alla Presidenza del Consiglio dei Ministri ed al Dipartimento della protezione civile, le spese del presente grado di giudizio, che liquida in complessivi €. 3.000,00 (euro tremila, comprensivi di spese, diritti di procuratore e onorari di avvocato) oltre I.V.A., C.N.A.P. e rimborso spese generali, come per legge.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2012, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta - con la

partecipazione dei signori:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere, Estensore

Guido Romano, Consigliere

Andrea Migliozzi, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/05/2012

IL SEGRETARIO

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