

N. 01905/2012 REG.PROV.COLL.
N. 03322/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia
sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3322 del 2011, proposto da:

Mgm Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Benedetta Caruso, Gabriella Caudullo, con domicilio eletto presso Gabriella Caudullo in Catania, viale Raffaello Sanzio 60;

contro

Comune di Malvagna, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Scuderi, Luca Ardizzone, con domicilio eletto presso Andrea Scuderi in Catania, via V. Giuffrida, 37;

nei confronti di

Gheller Srl, Impresa Rizza Luigi, S.C.E.S.A.M. Soc. Coop. A.Rl, Edil Consulting Srl; F.Lli Barresi Costruzioni Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Miracola Dott., con domicilio eletto presso Bernardo Frosina in Catania, corso Italia, 171;

per l'annullamento

- del verbale di gara del 10 ottobre 2011 relativo all'affidamento dei lavori di recupero primario e secondario di n. 15 edifici ubicati nel centro storico

del comune di malvagna;

- del verbale del'11 ottobre 2011;
- della determinazione dirigenziale n. 143 del 3 novembre 2011;
- della nota prot. n. 3078 del 28 ottobre 2011;
- di ogni altro provvedimento antecedente o successivo, comunque connesso, presupposto o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Malvagna e di F.Lli Barresi Costruzioni Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 luglio 2012 il dott. Francesco Brugaletta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Veniva indetto dal Comune di Malvagna un pubblico incanto per l'aggiudicazione dei "Lavori di recupero primario e secondario di N. 15 edifici ubicati nel centro storico del Comune di Malvagna e incremento della dotazione infrastrutturale" per un importo a base d'asta pari a € 1.196.699,11.

Con verbale del 10 ottobre 2011, veniva esclusa dalla procedura di gara l'ATI Rizza Luigi – S.c.e.s.a.m. Soc. coop – Edil Consulting s.r.l., con la seguente motivazione: "esclusa poiché nella dichiarazione del direttore tecnico dell'impresa Rizza Luigi, Arch. Salvatore Provenzani il documento di riconoscimento allegato risulta scaduto in data 18 giugno 2011"

Con verbale dell'11 ottobre 2011, la gara veniva aggiudicata, in via provvisoria, all'ATI Gheller s.r.l – F.lli Barresi Costruzioni s.r.l., che presentava un ribasso pari a 23,81400 %.

Sostiene parte ricorrente che l'esclusione dalla gara dell'ATI Rizza Luigi – S.c.e.s.a.m. Soc. coop – Edil Consulting s.r.l. sarebbe illegittima e, conseguentemente, atteso che la sua riammissione in gara determinerebbe l'individuazione di una nuova media finale, anche il provvedimento di aggiudicazione dovrebbe essere ritenuto illegittimo.

Con nota prot. n. 3077 del 28 ottobre 2011, il responsabile del procedimento, a seguito dei rilievi formulati dall'ATI esclusa -riaprendo in seduta riservata la busta contenente la documentazione amministrativa prodotta dall'ATI in questione- aveva rilevato la sussistenza a carico della stessa di ulteriori motivi che ne avrebbero comunque giustificato l'esclusione vale a dire i seguenti:

a- la mancanza della certificazione di qualità da parte di una delle imprese raggruppate e in particolare della S.c.e.s.a.m. soc. coop.a r.l.;

b- l'irregolarità della polizza fideiussoria prodotta dall'ATI, in quanto di importo inferiore al 2% dell'importo a base d'asta.

Da ciò il ricorso in esame con il quale si denuncia:

1) illegittimità dell'esclusione dalla procedura di gara de qua dell'Ati Rizza Luigi – S.c.e.s.a.m. Soc. coop – Edil Consulting s.r.l. disposta con verbale di gara del 10 ottobre 2011

a) Violazione dell'art. 45 del D.p.r. n. 445/2000

b) Violazione art. 71 del d.p.r. n. 445/2000 – Violazione art. 46 del d.lgs. n. 163/2006

2) Sull'integrazione dei motivi di esclusione disposta con nota prot. n. 3077 del 28 ottobre 2011:

Eccesso di potere da sviamento - violazione dell'articolo 2 del d.lgs n. 163/2006 - violazione del principio di trasparenza e di pubblicità delle sedute di gara

3) Sulla carenza della certificazione di qualità in capo alla S.c.e.s.a.m. Soc. coop: violazione e falsa applicazione della lex specialis nonché degli articoli

8, comma 3 del “testo coordinato” e 4 del DPR n. 34/2000 da essa richiamati – Violazione dell’articolo 63 del DPR n. 207/2010

4) sull’asserita irregolarità della polizza fideiussoria:

a) violazione dell’articolo 75 del D.lgs 163/2006 –

b) Violazione dell’articolo 46 comma 1 bis del d.lgs. 163/2006 – Violazione del principio della massima partecipazione

Si sono costituiti il Comune intimato e l’impresa contro interessata avversando il ricorso e chiedendone il rigetto.

All’udienza pubblica del 19-7-12 la causa è stata tratta in decisione.

DIRITTO

Ad avviso del Collegio il ricorso è in parte inammissibile e, in parte, infondato e da rigettare.

Innanzitutto con riferimento alla contestazione mossa dall’ATI tra le Imprese Rizza Luigi – Scesam soc. coop. a r.l. – Edil Consulting S.r.l., si mette in luce che il RUP ha successivamente disposto che l’esclusione per avere reso il direttore tecnico Arch. Salvatore Provenzali una dichiarazione, sottoscritta senza autentica della firma, allegando un documento di riconoscimento non in corso di validità in quanto scaduto il 18.06.2011, era solo uno dei motivi, considerato che detta impresa doveva essere esclusa anche in quanto: a). la Scesam soc. coop. a r.l. non era in possesso al momento della partecipazione alla gara della certificazione di qualità, come prescritto dal bando di gara; b). la cauzione provvisoria presentata dalla predetta ATI non era conforme alle prescrizione del bando, considerato che l’importo della stessa era inferiore al 2% dell’importo complessivo dell’appalto.

Alla luce di quanto sopra, il primo motivo di ricorso si appalesa inammissibile per carenza di interesse, attesa l’avvenuta rideterminazione della Stazione appaltante.

Il secondo motivo del ricorso, ad avviso del Collegio, si appalesa infondato.

Consiglio Stato, sez. VI, 06/06/2011, n. 3357 che il Collegio condivide e fa proprio, ha ritenuto che non lede il principio di pubblicità l'ulteriore esame del contenuto dei singoli documenti, avvenuto in sessione riservata, trattandosi di attività istruttoria che si riconduce all'ampia potestà di autotutela dell'Amministrazione ove riscontri vizi di legittimità in precedenti propri provvedimenti.

Infine, a prescindere dalla questione relativa al possesso della certificazione di qualità che comunque era prevista a pena di esclusione dal bando di gara (terzo motivo del ricorso), rileva il Collegio che era ugualmente prevista a pena di esclusione, dal bando di gara, la presentazione di una cauzione provvisoria «nella misura e nei modi previsti dai commi 1, 2, 2-bis, 2-ter dall'art 30 del “testo coordinato”, pari al 2% (due per cento) dell'importo complessivo dell'appalto» (4 motivo del ricorso).

Ebbene nella fattispecie in esame l'insufficienza dell'importo della cauzione provvisoria risulta “per tabulas”.

Invero, l'ATI sopra indicata ha presentato una cauzione d'importo pari al 2% dell'importo complessivo dell'appalto, che tuttavia si presenta nell'importo garantito inferiore (pari a €. 23.854,00) rispetto a quello che si evince dalla seguente operazione matematica: $1.196.699,11 \times 2\% = 23.933,98$.

A tale proposito T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 14/03/2011, n. 2310 che il Collegio condivide e fa propria, così recita: <<*deve ritenersi che la concreta operatività del beneficio postuli (oltre alla ovvia dimostrazione documentale circa il possesso di tale requisito) che vi sia una manifestazione di volontà da parte dell'impresa di volersi avvalere della riduzione, la cui mancanza non può non integrare una causa di esclusione dalla selezione (cfr TAR Campania, sez. VIII, 9 marzo 2010, n. 1331 e sez. I, 28 giugno 2005 n. 8841).*>>

E ancora: Tribunale amministrativo regionale della Campania, Napoli, Prima Sezione, n. 10315 del 13 dicembre 2007 ha statuito che l'obbligo di

corredare l'offerta con la cauzione provvisoria è posto direttamente da una disposizione di legge (art. 75 d.lgs. 163/06) di natura cogente e auto applicativa.

Inoltre rileva il Collegio che secondo la costante giurisprudenza, la garanzia del due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, di cui deve essere corredata l'offerta a norma dell'art. 75 D.Lgs. n. 163/2006, assolve allo scopo di garantirne la serietà e di costituire una liquidazione preventiva e forfettaria del danno nel caso in cui la stipula del contratto non avvenga per recesso o per difetto dei requisiti del concorrente (Cons. Stato, V , n 1388/11 e VI, 30 settembre 2004, n. 6347; Cons. Stato, V, 28 giugno 2004, n. 4789).

Percio' la cauzione provvisoria costituisce parte integrante della offerta e non elemento di corredo della stessa che la stazione appaltante possa liberamente richiedere (Cons. Stato, IV, 15 novembre 2004, n. 7380), salvo vanificare il disposto dell'art. 48 D.Lgs. n. 163/2006 circa il potere-dovere delle stazioni appaltanti di escutere la cauzione provvisoria previa la esclusione dalla gara e la segnalazione all'Autorità di Vigilanza, a carico dell'offerente che non abbia comprovato il possesso dei requisiti richiesti nel bando di gara ovvero non confermato le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta.

Rileva ancora il Collegio che la cauzione provvisoria è nettamente distinta da quella definitiva che l'esecutore del contratto è obbligato a costituire in misura pari al dieci per cento (10%) dell'importo contrattuale e con le modalità dell'art. 113 D.Lgs. n. 163/2006, al momento dell'aggiudicazione che adempie alla funzione di garantire l'obbligo di stipulare il relativo contratto e la corretta esecuzione delle opere (Cons. Stato, IV, 08 ottobre 2007, n. 5222).

In relazione alla funzione di vera e propria clausola penale, determinando la liquidazione preventiva e forfettaria del danno subito dall'amministrazione,

in conseguenza dell'accertato inadempimento dell'obbligo di stipulare il contratto, la prestazione della cauzione provvisoria deve essere necessariamente contemplata dalla lex specialis, perché diretta a coprire la mancata sottoscrizione del contratto per fatto proprio dell'aggiudicatario, predeterminando la conseguenza dell'inadempimento con la liquidazione forfetaria del danno e prescindendo dall'esatta portata quantitativa del documento patito dall'amministrazione appaltante (Cons. Stato, V, 11 dicembre 2007, n. 6362; Cons. Stato, IV, 30 gennaio 2006, n. 288).

In conclusione il motivo di esclusione da ultimo trattato si appalesa legittimo ed esente dalle denunciate censure ed è anche assorbente rispetto agli altri motivi.

Pertanto il ricorso in esame in parte viene dichiarato inammissibile e, in parte, viene rigettato.

Attesa la decisione sopradetta, risulta superfluo l'esame del ricorso incidentale.

Alla soccombenza consegue la condanna alle spese come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

In parte dichiara inammissibile e in parte rigetta il ricorso in epigrafe. Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese del giudizio liquidate complessivamente in euro duemila oltre accessori in favore, pro quota, del Comune resistente e della contro interessata.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Cosimo Di Paola, Presidente

Francesco Brugaletta, Consigliere, Estensore

Rosalia Messina, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/07/2012

IL SEGRETARIO

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