

N. 01179/2015REG.PROV.COLL.

N. 02463/2014 REG.RIC.



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 2463 del 2014, proposto da:
Edilcom Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Ennio Magri e Barbara Del Duca, con domicilio eletto presso Ennio Magri in Roma, via Guido D'Arezzo N. 18; Seap Srl, Vivai Antonio Marrone, rappresentati e difesi dagli avv.ti Barbara Del Duca e Ennio Magri, con domicilio eletto presso Ennio Magri in Roma, via Guido D'Arezzo N. 18;

contro

Pa.Co Pacifico Costruzioni Spa, rappresentata e difesa dall'avv.to Enrico Soprano, con domicilio eletto presso Enrico Soprano in Roma, via degli Avignonesi, 5;

nei confronti di

Comune di Portici, rappresentato e difeso dall'avv.to Irene Coppola, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 00686/2014, resa tra le parti, concernente progettazione esecutiva ed esecuzione delle opere di riqualificazione e completamento delle urbanizzazioni primarie e secondarie con realizzazione di parco urbano e di due fabbricati

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Pa.Co Pacifico Costruzioni Spa e del Comune di Portici;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 ottobre 2014 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Ennio Magri, Enrico Soprano e Irene Coppola;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con Determinazione dirigenziale n. 205 del 12 marzo 2013, il Comune di Portici aggiudicava in via definitiva alla costituenda ATI con capogruppo la società Edilcom S.r.l. (nel prosieguo, Edilcom), l'appalto di lavori, comprensivo di progettazione esecutiva, per la riqualificazione urbanistica e la realizzazione di due fabbricati di edilizia residenziale pubblica.

La seconda classificata PA.CO Pacifico Costruzioni S.p.a. (nel prosieguo, Paco), impugnava detta Determinazione dinnanzi al Tar Campania, unitamente a tutti gli atti di gara, chiedendo la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente già stipulato e la condanna della Stazione Appaltante al risarcimento dei danni asseritamente subiti.

La ricorrente sosteneva in giudizio che Edilcom avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, in primis per non aver esplicitamente indicato, in violazione dell'art. 37, comma 13, del Codice dei Contratti, le quote di partecipazione al raggruppamento delle singole società che avrebbero costituito l'ATI, essendosi l'aggiudicataria limitata a indicare le quote di esecuzione.

Con un secondo motivo di gravame Paco deduceva, altresì, che la prima classificata avrebbe dovuto essere esclusa perché l'impegno a rilasciare la cauzione definitiva in suo favore era stato assunto da soggetto non abilitato, ossia da un agente assicurativo in possesso di una procura speciale inidonea a coprire l'importo da garantire.

Si costituivano in giudizio, per resistervi, il Comune di Portici e la Edilcom controinteressata, la quale spiegava altresì ricorso incidentale, al fine di far acclarare che Paco doveva essere esclusa, in quanto:

- tra la documentazione consegnata ad Edilcom in sede di accesso agli atti non figurava la dichiarazione inerente il possesso dei requisiti di moralità del Direttore Tecnico, in violazione dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006;
- la garanzia provvisoria non era corredata né dall'espressa rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, c.c., né dall'impegno del fideiussore a rinnovare la garanzia medesima, in violazione dell'art. 75, commi 4 e 5, del D.Lgs. n.163/2006;
- la medesima garanzia non era accompagnata da copia del documento di identità del rilasciante.

Con sentenza 28 gennaio 2014, n. 686 il Tar Campania - respinto il ricorso incidentale, anche sul presupposto che la documentazione della quale la ricorrente lamentava la mancanza e/o l'incompletezza fosse stata invece presentata dalla controinteressata, salvo poi essere stata smarrita dalla Stazione Appaltante - ha accolto il ricorso principale.

Avverso detta pronuncia Edilcom ha quindi interposto l'odierno appello, al fine di far acclarare la fondatezza del ricorso incidentale e, per converso, l'infondatezza del ricorso principale di primo grado.

Si sono costituiti in giudizio sia il Comune di Portici sia la società Paco che, oltre a chiedere la reiezione dell'appello così come la Stazione Appaltante, ha altresì riproposto il terzo motivo del proprio ricorso principale, dichiarato assorbito dal Tar Campania.

Alla pubblica udienza del 14 ottobre 2014, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Deve essere preliminarmente rigettata l'eccezione di inammissibilità dell'appello avanzata dalla controinteressata Paco, atteso che i motivi di gravame, diversamente da quanto dedotto dalla società, non sono affatto generici, risolvendosi tutti in una compiuta censura della sentenza di primo grado.
2. Può pertanto procedersi all'esame del gravame e, preliminarmente, dei motivi di appello che sono stati oggetto, in prime cure, del ricorso incidentale.
3. Con il primo mezzo di censura l'appellante deduce l'erroneità della sentenza impugnata, laddove ha ritenuto che la denuncia di smarrimento sporta dal RUP ai Carabinieri di Portici e la dichiarazione di quest'ultimo, prot. n. 3286/UT del 14 maggio 2013, valessero a comprovare la presenza della dichiarazione del Direttore Tecnico di cui art. 38 del D.Lgs. 163/2006 nella busta contenente la documentazione amministrativa della società Paco.

Sostiene la Edilcom, sul punto, che la denuncia effettuata dal Dirigente comunale farebbe fede unicamente del fatto storico del mancato rinvenimento della dichiarazione al momento della riapertura della busta della concorrente per estrarre le copie richieste, ma non del contenuto di detta dichiarazione.

3.1. La doglianza non può essere accolta.

3.2. Ed invero, la società Paco ha depositato nel giudizio di primo grado copia dei documenti che la stessa assume di aver presentato al Comune di Portici al fine di partecipare alla gara d'appalto e, tra detta documentazione, vi è la dichiarazione del Direttore Tecnico e la pagina 4 della polizza fideiussoria, contenente la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957 c.c. e l'impegno al rinnovo della stessa.

Ciò posto, il Collegio non può non rilevare come la documentazione di cui sopra non sia stata contestata o in alcun modo disconosciuta dalla Edilcom, sicché non vi sono oggettivi elementi per ritenere che la stessa non sia conforme all'originale contenuta nelle buste a suo tempo presentate alla Stazione Appaltante.

La circostanza, inoltre, è corroborata sia dalla dichiarazione resa del RUP prot. n. 3286/2014 (che, nel denunciare lo smarrimento della dichiarazione del Direttore Tecnico, dà implicitamente atto dell'originaria esistenza di detta dichiarazione), sia dal contenuto dei verbali di gara (si veda il verbale della seduta di gara del 10.05.2012) laddove si attesta che Paco "è in possesso di tutti i requisiti richiesti ed ha presentato tutte le dichiarazioni richieste".

Analogamente, quanto alla polizza fideiussoria, non v'è ragione di mettere in dubbio, per quanto sopra esposto, che la pagina numero 4 andata smarrita sia conforme a quella depositata in giudizio da Paco, che contiene la rinuncia della cui mancanza l'appellante si duole, nonché l'impegno a rinnovare la polizza medesima.

Per quanto sopra la censura in esame è inconducibile.

4. Con i successivi motivi di gravame, Edilcom censura la sentenza impugnata per aver ritenuto la fondatezza del ricorso principale proposto in prime cure da Paco.

4.1. In primo luogo, l'appellante deduce che il Tar non avrebbe motivato la propria scelta di aderire all'orientamento giurisprudenziale secondo cui la mancata indicazione delle quote di partecipazione al raggruppamento temporaneo d'impresa sarebbe motivo di esclusione.

4.2. Il motivo di gravame non può essere accolto, ritenendo il Collegio che il primo giudice abbia correttamente fatto applicazione del principio, ricavabile dall'art. 37, comma 13, del D.Lgs. 163/2006, secondo cui occorre che già nella fase dell'offerta siano indicate sia le quote di partecipazione al raggruppamento, sia le quote di esecuzione.

Infatti, come precisato dalla più recente giurisprudenza di questo Consiglio, che il collegio condivide, "ai fini dell'ammissione a gara pubblica di un raggruppamento consortile o di un' A.T.I. occorre che già nella fase di offerta sia evidenziata la corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione e quote di partecipazione, nonché tra quote di partecipazione e quote di esecuzione, trattandosi di obbligo costituente espressione di un principio generale che prescinde dall'assoggettamento o meno della gara alla disciplina comunitaria e non consente distinzioni legate alla natura morfologica del raggruppamento (verticale o orizzontale), o alla tipologia delle prestazioni, principali o secondarie, scorporabili o unitarie" (Cons. Stato, Sez. IV, 11 aprile 2014, n. 1753).

Per evidenziare detta corrispondenza, è necessario che entrambe le quote "siano specificate dai componenti del raggruppamento all'atto della partecipazione alla gara" (Cons. Stato, Sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 744).

Dalla documentazione prodotta dall'appellante non si rinviene affatto – diversamente da quanto la stessa assume riferendosi alla dichiarazione di impegno a costituire l'ATI – l'indicazione delle quote di partecipazione, bensì unicamente quelle di esecuzione dei lavori, senza che vi sia alcun elemento dal quale desumerne la relativa corrispondenza.

4.3. Né tale mancanza poteva essere colmata facendo ricorso all'art. 46 del D.Lgs. 163/2006.

L'omessa specificazione delle quote di partecipazione all'ATI, infatti, non può considerarsi alla stregua di una mera irregolarità sanabile, sicché non se ne può consentire l'integrazione o la regolarizzazione postuma, ai sensi dell'art. 46, comma 1, del D. Lgs. 163/2006.

Una siffatta regolarizzazione si risolverebbe, invero, in una aperta violazione della *par condicio* tra i partecipanti alla procedura concorsuale.

Pertanto, essendo l'omissione in questione direttamente riferibile ai disposti di cui all'art. 37 del Codice dei Contratti Pubblici, la misura espulsiva risulta conforme al principio di tassatività delle relative cause - di recente codificato dall'art. 4, comma 2, lettera d), del D.L. 13.5.2011, n. 70, con l'inserimento del comma 1-bis al citato art. 46 D.Lgs. 163/2006 – , in considerazione del fatto che l'esclusione dalla gara può essere disposta "oltre che nei casi in cui le disposizioni del codice o del regolamento la prevedano espressamente, anche nei casi in cui dette disposizioni impongano adempimenti doverosi ai concorrenti o candidati, o dettino norme di divieto, pur senza prevedere una espressa sanzione di esclusione", come nel caso di specie (Consiglio di Stato, Ad. Plen., 7 giugno 2012 n. 21).

5. Parimenti non meritevole di accoglimento è il successivo motivo di appello, con cui viene dedotta l'erroneità della gravata sentenza nella parte in cui ha statuito che la garanzia fideiussoria prestata non sarebbe idonea, per mancanza dei poteri in capo al procuratore che l'ha prestata.

5.1. Invero, il rilievo volto ad evidenziare, da un lato, che solo la compagnia assicuratrice potrebbe contestare l'assenza di poteri del proprio procuratore e, dall'altro, la possibilità in ogni caso di una ratifica ex post dell'operato del predetto procuratore con l'emissione della cauzione definitiva richiesta dalla Stazione Appaltante, non è di per sé conducente.

5.2. Com'è noto, infatti, i principi civilistici sopra richiamati cedono rispetto alle tassative regole *iure publico* che disciplinano i contratti della Pubblica Amministrazione e, in particolare, rispetto al principio fondamentale della *par condicio* fra i concorrenti (in tema di presentazione delle offerte e della relativa documentazione), nonché *dell'affidamento* della Stazione Appaltante, che deve poter contare (e quindi accertare) sin dal momento dell'esame delle offerte, sulla serietà e la validità degli impegni assunti da ciascun concorrente (Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 2 luglio 2001 n. 3588).

Pertanto, come correttamente stabilito dal primo giudice, l'inattendibilità della cauzione provvisoria doveva indurre il Comune di Portici ad escludere Edilcom dalle successive fasi di gara, senza che si potesse far ricorso al potere di soccorso istruttorio di cui all'art. 46 del D.Lgs. 163/2006.

Infatti, la comminatoria dell'esclusione nel caso in cui l'offerta non sia corredata, come nella specie, da valido impegno a rilasciare la garanzia definitiva è espressamente stabilita dalla legge e, in particolare, dall'art. 75, comma 8, del D.Lgs. 163/2006.

6. Quanto precede, esime poi il collegio dall'esame del terzo motivo di ricorso principale riproposto nell'odierna sede dalla Paco, in quanto dichiarato assorbito dal Tar Campania, attesa l'irrelevanza di ogni pronuncia sul punto ai fini del decidere.

7. In conclusione l'appello risulta infondato e, come tale, da respingere.

8. Attesa la peculiarità della controversia, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/03/2015

IL SEGRETARIO

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