

N. 05192/2014REG.PROV.COLL.
N. 06961/2012 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 6961 del 2012, proposto da:
Anas S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore,
rappresentata e difesa ex lege dall'Avvocatura generale dello Stato e
presso gli uffici della medesima domiciliata per legge in Roma, alla
via dei Portoghesi n. 12:

contro

Istituto di Vigilanza Nuova Città di Roma cooperativa a r.l., in
persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e quale
mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo d'impres
con Securitas Metronotte S.r.l., Itapol Vigilanza Roma S.r.l. e
Metroitalia Service S.r.l., non costituita nel giudizio d'appello;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per il Lazio, Sede di Roma, Sezione III, n.

6422 del 13 luglio 2012, resa tra le parti, con cui, in parziale accoglimento del ricorso in primo grado n.r. 6657/2009, è stato annullato il provvedimento di esclusione dell'interessata dalla procedura ristretta per l'affidamento del servizio integrato di sicurezza, reception, accoglienza e portierato delle sedi Anas per il periodo di 24 mesi, rinnovabili per altri 24 mesi, verso il prezzo a base di gara di € 1.320.000,00, mentre è stata rigettata la domanda di risarcimento dei danni, con compensazione delle spese del giudizio di primo grado

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 8 aprile 2014 il Cons. Leonardo Spagnoletti e udito l'avvocato di Stato Bruni per Anas S.p.A.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.) L'Istituto di Vigilanza Nuova Città di Roma cooperativa a r.l., quale capogruppo mandataria, e le società Securitas Metronotte s.r.l., Itapol Vigilanza Roma s.r.l. e Metroitalia Service s.r.l. , quali mandanti, hanno partecipato alla procedura ristretta indetta dall'Anas S.p.A. per l'affidamento del servizio integrato di sicurezza, reception, accoglienza e portierato delle sedi Anas per il periodo di 24 mesi,

rinnovabili per altri 24 mesi, verso il prezzo a base di gara di € 1.320.000,00.

Il costituendo raggruppamento temporaneo d'impresе è stato escluso dalla gara perché la polizza fideiussoria presentata quale cauzione provvisoria era priva di firma legalizzata, requisito richiesto a pena di esclusione dalla lettera di invito.

Con il ricorso in primo grado n.r. 6657/2009 il provvedimento di esclusione è stato impugnato, deducendo l'incongruità della clausola della lettera di invito, relativa alla legalizzazione della firma del sottoscrittore, rispetto al capitolato di gara e la violazione del principio del favor participationis, con cumulativa domanda di risarcimento dei danni.

Con ordinanza n. 4165 del 4 settembre 2009 il T.A.R. accoglieva l'istanza cautelare "... in relazione al mancato esercizio da parte della stazione appaltante del potere di integrazione, in presenza di una clausola del capitolato di gara in parte difforme dalla lettera di invito".

Su appello cautelare dell'Anas, e in riforma della suddetta ordinanza, questa Sezione, con ordinanza n. 5489 del 4 novembre 2009, rigettava invece l'istanza cautelare considerando che "...diversamente da quanto statuito dal TAR, non pare, allo stato, che nella specie vi sia quella difformità tra la lettera di invito e il capitolato di gara..." e rilevando altresì che "...la formulazione della lettera di invito è chiara nel prevedere la esclusione dalla gara, nell'ipotesi in cui la polizza

fideiussoria sia priva della legalizzazione".

Con la sentenza n. 6422 del 13 luglio 2012, nondimeno, il T.A.R. ha accolto il ricorso, limitatamente all'annullamento del provvedimento di esclusione, e rigettando invece la domanda risarcitoria, in base ai rilievi di seguito sintetizzati:

- la mancanza di legalizzazione della firma del sottoscrittore della polizza fideiussoria non attiene alla carenza in capo al concorrente di requisiti soggettivi, né incide sullo svolgimento della procedura, risolvendosi in vizio meramente formale, afferente alla certezza della provenienza del documento e della riferibilità della polizza alla società emittente, e come tale passibile di regolarizzazione, ai sensi del comma 1° dell'art.46 del d.lgs. 163/2006;

- l'art. 46 comma 1 bis, sebbene inapplicabile *ratione temporis*, e in quanto espressivo del principio del *favor participationis* e dell'irrilevanza di profili d'irregolarità formale, impone un'interpretazione della *lex specialis* finalizzata, appunto, ad assicurare la massima partecipazione alle gare, e quindi a consentire la regolarizzazione; tanto più che la difformità tra le prescrizioni contenute nella lettera d'invito e quelle contenute nel capitolato di gara - nel quale non vi è cenno alla legalizzazione della firma relativa alla polizza fideiussoria- può aver ingenerato nel concorrente un errore scusabile in ordine alla predisposizione della documentazione necessaria per partecipare alla gara.

2.) Con appello notificato il 24 settembre 2012 e depositato il 3

ottobre 2012, Anas S.p.A. ha impugnato la predetta sentenza, deducendo, senza rubricazione di motivi, le seguenti censure:

- la clausola della lettera d'invito era affatto chiara e inequivoca nel prescrivere, a pena di esclusione, che la fideiussione o la polizza fideiussoria dovevano essere rese con firma legalizzata ai sensi degli artt. 1 lett. l) e 30 del d.P.R. n. 445/2000 che attestino il possesso dei necessari poteri di firma; tale clausola non è stata impugnata e fonda la piena legittimità della disposta esclusione, ed è stata intesa da tutti gli altri concorrenti, laddove il raggruppamento escluso si è limitato a presentare dichiarazione sostitutiva ex art. 46 del d.P.R. n. 445/2000 del soggetto emittente la garanzia, accompagnata da fotocopia del documento di riconoscimento; nella specie, dunque, non soltanto non era possibile alcuna regolarizzazione, in presenza di clausola espressa di esclusione, ma la carenza documentale non potrebbe essere "sanata" in quanto riferibile a soggetto terzo ed estraneo alla gara;

- non sussiste alcuna contraddittorietà tra capitolato di gara (art. 16) e lettera di invito: il primo si limita a richiamare l'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006, mentre la lettera d'invito, quale *lex specialis*, prescrive specificamente le modalità di formulazione della garanzia fideiussoria, imponendo che essa fosse munita di firma legalizzata a pena di esclusione;

- è inconferente il richiamo all'art. 46 comma 1 bis, che lo stesso T.A.R. riconosce inapplicabile *ratione temporis*, e comunque il

potere di soccorso non si riferisce alla documentazione ex art. 75, né può essere interpretato in senso estensivo;

- in ogni caso, al cospetto di clausola di esclusione chiara e inequivoca, e non impugnata, l'attività della commissione di gara è affatto vincolata e priva di discrezionalità, vulnerandosi altrimenti, oltre che la *lex specialis*, il principio di *par condicio*.

All'udienza pubblica dell'8 aprile 2014 l'appello è stato discusso e riservato per la decisione.

3.) L'appello in epigrafe è fondato e deve essere accolto, onde, in riforma della sentenza gravata, va rigettato il ricorso proposto in primo grado.

L'esclusione del costituendo raggruppamento temporaneo d'impresa è stata disposta perché "la polizza fideiussoria presentata dal concorrente risulta priva della legalizzazione della firma richiesta al punto C lett. d) della lettera d'invito inerente la gara in oggetto".

La lettera d) del punto C) della lettera d'invito alla gara stabiliva (pag. 5 terzo capoverso) in modo testuale, per quanto qui interessa che:

"La fideiussione o la polizza fideiussoria dovranno, a pena di esclusione, essere rese con firma legalizzata ai sensi degli artt. 1, lett. l) e 30 del D.P.R. 445/00 che attesti il possesso dei necessari poteri di firma...".

L'inciso "a pena di esclusione" era peraltro contrassegnato in carattere grassetto, onde rendere ancora più evidente e immediatamente percepibile l'importanza dell'adempimento formale

e le conseguenza della sua inosservanza.

La clausola richiamava, peraltro, in modo chiaro e specifico la "legalizzazione" della firma ai sensi degli artt. 1 lettera l) e 30 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, che, come noto, rispettivamente, qualificano la legalizzazione ("l'attestazione ufficiale della legale qualità di chi ha apposto la propria firma sopra atti, certificati, copie ed estratti, nonché dell'autenticità della firma stessa") e le sue modalità ("Nelle legalizzazioni devono essere indicati il nome e il cognome di colui la cui firma si legalizza. Il pubblico ufficiale legalizzante deve indicare la data e il luogo della legalizzazione, il proprio nome e cognome, la qualifica rivestita, nonché apporre la propria firma per esteso ed il timbro dell'ufficio").

Nel caso di specie la polizza fideiussoria prodotta è stata invece accompagnata da dichiarazione sostitutiva resa da persona qualificatasi procuratore speciale della compagnia assicurativa Arfin S.p.A. corredata da fotocopia di documento di identità.

E' quindi affatto evidente la violazione della clausola della lettera d'invito, costituente *lex specialis* della gara, non potendo seriamente revocarsi in dubbio l'inesistenza di qualsivoglia contrasto con le prescrizioni del capitolato d'onori, che al riguardo nulla disponeva e quindi non poteva ingenerare alcuna incertezza confusiva sul contenuto della formalità prescritta e sulle conseguenze della sua inosservanza.

In presenza di clausola di esclusione espressa e inequivoca non

poteva farsi luogo ad alcuna "interpretazione" della medesima in funzione di disposizione normativa riconosciuta peraltro inapplicabile *ratione temporis*.

Né potrebbe revocarsi in dubbio la legittimità di siffatta clausola, siccome espressiva di un interesse rilevante e qualificato della amministrazione aggiudicatrice in ordine alla piena affidabilità della cauzione provvisoria quanto alla provenienza da soggetto certo e munito dei poteri rappresentativi (nel senso che "...solo l'autenticazione della sottoscrizione della fideiussione prestata garantisce pienamente l'amministrazione perché determina la piena prova in ordine alla provenienza da chi l'ha sottoscritta, ai sensi degli artt. 2702 e 2703 del codice civile, impedendo il successivo disconoscimento della stessa" vedi Cons. Stato, Sez. III, 19 aprile 2011, n. 2387; quanto alla legittimità dell'esclusione per presentazione di firma digitale non autenticata della polizza fideiussoria cfr. Sez. VI, 6 novembre 2011, n. 3365; infine sulla legittimità delle clausole relative alla legalizzazione della sottoscrizione delle polizze fideiussorie, vedi anche T.A.R. Catania, Sez. I, 11 luglio 2013, n. 2052 e T.A.R. Venezia, Sez. I 25 giugno 2007, n. 2032)-

4.) In conclusione, in accoglimento dell'appello e in riforma della sentenza gravata, deve rigettarsi il ricorso proposto in primo grado.

5.) La relativa novità e peculiarità della questione esaminata giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) accoglie l'appello in epigrafe n.r. 6961 del 2012 e, per l'effetto, in riforma della sentenza del T.A.R. per il Lazio, Sede di Roma, Sezione III, n. 6422 del 13 luglio 2012, rigetta il ricorso proposto in primo grado.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere

Leonardo Spagnoletti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/10/2014

IL SEGRETARIO

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