

N. 00695/2015REG.PROV.COLL.

N. 04165/2014 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4165 del 2014, proposto da: Società Tecnobuilding s.r.l., in persona del legale rappresentante, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'associazione temporanea di imprese (A.T.I.) costituita con Gugliucciello Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante, e da Gugliucciello Costruzioni s.r.l., rappresentate e difese dagli avvocati Alberto La Gloria e Antonio Brancaccio, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, Via Taranto, n. 18;

contro

Consorzio di Bonifica della Baraggia Biellese e Vercellese;

nei confronti di

Società Lis s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Salina, Vincenzo Barrasso e Gennaro Terracciano, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, largo Arenula, n. 34;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PIEMONTE, SEZIONE I, n. 606/2014, resa tra le parti, concernente affidamento lavori di completamento impianto irrigazione a pioggia sotteso al bacino d'invaso sul torrente Ingagna 9° lotto - risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Società Lis s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2014 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Brancaccio, La Gloria e Di Bonito, per delega di Terracciano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Impresa Lis s.r.l., da un lato, e Tecnobuilding s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria di A.T.I. e Gugliucciello Costruzioni s.r.l., dall'altro, adivano con distinti ricorsi il TAR per il Piemonte. La prima invocava, tra l'altro, l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione a favore della Tecnobuilding s.r.l., capogruppo dell'A.T.I. costituita con Gugliucciello s.r.l. della gara per i lavori di completamento di impianto irrigazione a pioggia sotteso al bacino di invaso sul torrente Ingagna del 23.7.2013. Le seconde, invece, chiedevano l'annullamento del provvedimento di revoca della suddetta aggiudicazione.

2. Il primo giudice, riuniti i ricorsi, procedeva ad una ricostruzione dei fatti di causa, dalla quale emergeva che il bando della gara prescriveva che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base dei seguenti criteri di valutazione: 1) prezzo più basso (massimo punti 40); 2) maggiore estensione della polizza fideiussoria a garanzia della rata di saldo (massimo punti 20); 3) minor tempo di esecuzione (massimo punti 40). L'A.T.I.

capeggiata da Tecnobuilding s.r.l. risultava aggiudicataria, avendo ottenuto il punteggio più alto grazie all'estensione della garanzia della rata di saldo oltre i due anni dal collaudo; la Tecnobuilding s.r.l., infatti, otteneva il massimo punteggio per detta voce (20 punti), avendo offerto una estensione di garanzia pari a 432 mesi, ossia 36 anni, contro i 240 mesi offerti da Lis s.r.l., che conseguiva così 11,11 punti in relazione a tale parametro. Disposta l'aggiudicazione provvisoria, con provvedimento del 7.3.2013, la stazione appaltante invitava la Tecnobuilding s.r.l. a produrre, entro il 27.3.2013, l'impegno formale e vincolante di un istituto fideiussore abilitato a rilasciare la polizza di cui al D.M. 123/2004 per la durata offerta di 432 mesi. L'aggiudicataria produceva una dichiarazione di impegno del Consorzio Fidi Risorgimento. L'amministrazione richiedeva ulteriormente, assegnando nuovo termine "perentorio", di documentare i poteri del sottoscrittore dell'impegno a prestare detta fideiussione. In data 23.7.2013 veniva disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della Tecnobuilding s.r.l.. A seguito di contestazioni sul punto della seconda classificata Lis s.r.l. l'amministrazione richiedeva ulteriori chiarimenti ritenuta l'inidoneità del Consorzio Fidi Risorgimento a prestare la garanzia prevista dalla legge di gara, invitava nuovamente la Tecnobuilding s.r.l. a presentare, entro un ulteriore termine definito "perentorio", "l'impegno formale e vincolante di un istituto fideiussore regolarmente abilitato a rilasciare la polizza fideiussoria del D.M. 123/2004 per la durata di mesi 432". La Tecnobuilding s.r.l. produceva quindi un nuovo impegno all'emissione della polizza di cui alla scheda n. 1.4 del D.M. n. 123/2004, rilasciato dalla Banca di Credito Cooperativo di Capaccio-Paestum, recante un limite alla garanzia prestata dell'importo di € 1.100.000,00. Con provvedimento n. 3440 del 14.11.2013 il Consorzio di Bonifica disponeva l'esclusione dell'ATI facente capo alla Tecnobuilding s.r.l. dalla procedura e la coeva revoca dell'aggiudicazione definitiva, evidenziando le seguenti due circostanze inerenti la polizza fideiussoria: 1) i soggetti sottoscrittori della nuova fideiussione prestata dalla Banca di Capaccio

Paestum mancavano dei poteri per rilasciare detta garanzia; 2) la garanzia risultava comunque incapiente, poiché l'apposto limite di 1.100.000,00 € era inferiore alla somma da ritenersi necessaria, in relazione alla durata della garanzia offerta.

3. Tanto premesso, il TAR procedeva dapprima ad esaminare il ricorso della Tecnobuilding s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria di A.T.I. e Gugliucciello Costruzioni s.r.l., rilevando l'infondatezza dei motivi di ricorso con i quali le imprese suddette si dolevano dell'illegittimità del provvedimento di revoca per omesso avviso di avvio del procedimento e per il mancato utilizzo in questo caso del meccanismo indennitario previsto dall'art. 21-*quinquies*, l. n. 241/1990. Il primo giudice sul punto, infatti, notava come non si fosse in presenza di un atto di revoca, ma di una presa d'atto dell'originaria illegittimità del provvedimento di aggiudicazione a favore della Tecnobuilding s.r.l., avendo la stazione appaltante riconosciuto che l'offerta di quest'ultima mancava dei necessari requisiti di validità. Secondo il TAR, inoltre, l'annullamento disposto a ridosso dell'aggiudicazione, e per ragioni di illegittimità di quest'ultima, non necessitava di alcuna ulteriore giustificazione. In ogni caso le originarie ricorrenti avevano avuto la possibilità di contraddire a più riprese con la stazione appaltante in ordine alla carenza del requisito in parola. Ancora erroneo veniva rilevato dal giudice di prime cure il preteso riferimento delle suddette ricorrenti alla disciplina dell'anomalia dell'offerta. Fuorvianti venivano valutati i rilievi di Tecnobuilding s.r.l. secondo cui la fideiussione in contestazione non era prevista *ex lege* tra i documenti di gara, posto che, nel caso di specie, era prevista ed appositamente valorizzata dalla legge di gara. Stessa sorte subiva il rilievo secondo il quale la fideiussione era destinata ad operare eventualmente in un momento successivo alla sua formalizzazione, ossia al verificarsi dell'evento garantito.

In ogni caso, la cauzione era risultata non adeguata, perché riportava un massimale prima assente e non più congruente con la durata della polizza proposta dalla Tecnobuilding s.r.l..

Dal rigetto del ricorso proposto da quest'ultima il TAR faceva discendere il difetto di interesse della Lis s.r.l. all'esame del proprio ricorso. Allo stesso tempo il giudice di prime cure riteneva infondate le istanze risarcitorie avanzata da entrambi i ricorrenti per infondatezza delle ragioni della Tecnobuilding s.r.l. e per intervenuta soddisfazione in forma specifica degli interessi della Lis s.r.l.

4. Con atto d'appello notificato il 13 maggio 2014 Tecnobuilding s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria di A.T.I. costituita con Gugliucciello Costruzioni s.r.l., invocano la riforma della sentenza di primo grado, segnalando la presenza:

a) di due gravi errori di diritto da parte del TAR. In particolare: a1) il provvedimento impugnato sarebbe stato qualificato, erroneamente, come presa d'atto di cause originarie di esclusione dalla gara, invalidanti l'aggiudicazione definitiva. Ciò nonostante l'amministrazione aggiudicatrice non avesse mai contestato la violazione delle prescrizioni della *lex specialis* da parte delle appellanti e non avesse mai affermato che l'offerta delle stesse fosse priva dei necessari requisiti. Del resto le appellanti avrebbero presentato la propria offerta sulla scorta delle dichiarazioni richieste dal modulo predisposto dalla stazione appaltante, mentre la *lex specialis* non avrebbe richiesto la produzione di alcun atto di impegno. Dall'erronea qualificazione del provvedimento, che avrebbe offerto il TAR, discenderebbe la fondatezza delle doglianze inerenti l'omesso avviso di avvio del procedimento, non potendo la riapertura del procedimento ex art. 86, comma 3, d.lgs. 163/2006, valere quale comunicazione ex art. 7, l. n. 241/1990, e la violazione della disciplina di cui all'art. 21-*quinquies*, l. n. 241/1990, in tema di revoca. In ogni caso il contraddittorio procedimentale sarebbe del tutto mancato sulla presunta insufficienza dell'importo dell'impegno rilasciato dalla B.B.C. di Capaccio Paestum; a2) il TAR avrebbe ritenuto non sussistente la violazione dell'art. 88, d.lgs. n. 163/2006, affermando che la verifica svolta dalla stazione appaltante non involgerebbe una problematica di anomalia dell'offerta, ciò nonostante il tenore letterale del provvedimento del Direttore Generale del

Consorzio prot. n. 3036/2013 e l'esito del procedimento di verifica. Un simile errore, secondo le appellanti, non potrebbe giustificarsi: né con il richiamo al bando di gara che avrebbe previsto la verifica di anomalia dell'offerta solo in relazione all'elemento prezzo ai sensi dell'art. 86, comma 2, d.lgs. n. 163/2006, giacché la stazione appaltante avrebbe esercitato la diversa ed autonoma facoltà di cui al comma 3 della stessa norma; né con la considerazione che l'estensione temporale della garanzia della rata di saldo sarebbe un elemento estraneo alla problematica della sostenibilità economica del prezzo dei lavori, poiché la stazione appaltante avrebbe ritenuto di dover sottoporre anche tale elemento a verifica;

b) di vizi *in iudicando*, nella misura in cui il TAR, in relazione al terzo ed al quarto motivo del ricorso di prime cure, avrebbe ritenuto la sussistenza dei vizi della polizza. Infatti, oggetto della verifica dell'anomalia non sarebbe stata la vera e propria garanzia fideiussoria della rata di saldo, ma soltanto l'atto di impegno a prestare la futura garanzia fideiussoria. Inoltre, la *lex specialis* non avrebbe mai chiesto la presentazione della garanzia fideiussoria della rata di saldo, così come non avrebbe mai richiesto alcun atto di impegno formale e vincolante. Ciò in quanto tale garanzia sarebbe destinata ad operare soltanto nella fase finale del rapporto. Allo stesso tempo non sarebbe vero che la stazione appaltante avesse consentito un'integrazione o una rettifica dell'offerta di gara. Tanto che in sede di verifica le appellanti avrebbero semplicemente comprovato i dati della propria offerta. Non potendosi trarre conclusione diversa dalla circostanza che l'impegno rilasciato dalla B.B.C. di Capaccio Paestum contenesse un massimale di 1.100.000,00 di euro. Un simile elemento, non solo non veniva preso in esame dal provvedimento impugnato, ma sarebbe irrilevante, poiché l'offerta avrebbe riguardato solo la durata della garanzia. In ogni caso non sarebbe corretto quanto concluso dal primo giudice in ordine all'insufficienza dell'importo garantito, come desumibile dagli artt. 27 e 28 del capitolato speciale di appalto (C.S.A.). Del pari, erroneo sarebbe il ragionamento svolto dal primo giudice sul meccanismo di

calcolo degli interessi sulla somma da garantire;

c) di un vizio della sentenza di primo grado, nella parte in cui non avrebbe esaminato il terzo motivo di ricorso, ritenendo che l'insussistenza dei vizi di illegittimità a carico di una delle due contestazioni avrebbe comportato l'inutilità dell'esame della doglianza portata contro il secondo dei motivi utilizzati dalla stazione appaltante. Anche quest'ultimo, infatti, sarebbe viziato, risultando acquisiti dalla stazione appaltante documenti necessari per ritenere che il Direttore Generale della B.B.C. di Capaccio Paestum potesse assumere in nome e per conto dell'Istituto l'impegno a rilasciare la futura fideiussione.

4.1. Con lo stesso gravame le appellanti ripropongono ex art. 101 c.p.a. i motivi disattesi dal TAR,

5. Costituitasi in giudizio, Lis s.r.l. invoca la conferma della sentenza di prime cure, evidenziando l'infondatezza dell'appello principale, quanto in particolare all'assenza di lesioni partecipative a carico delle appellanti, alla presenza di vizi della polizza presentata da quest'ultime, sia in ordine al massimale previsto, che alla legittimazione a sottoscriverla da parte del Direttore Generale della B.B.C. di Capaccio Paestum. Infine, l'appellata eccepisce l'inammissibilità della riproposizione dei motivi disattesi dal giudice di prime cure, per violazione dell'art. 101, comma 2, c.p.a..

6. In data 21 giugno 2014 le appellanti hanno depositato memoria nella quale hanno reiterato le loro difese in previsione dell'udienza fissata per la decisione dell'istanza cautelare.

7. Con ordinanza n. 2781/2014 questa Sezione ha accolto l'istanza cautelare delle appellanti con la seguente motivazione: *“Considerato che le censure dedotte richiedono l'esame nella più consona sede di merito che si fissa sin d'ora alla pubblica udienza del 2 dicembre 2014; Ritenuto opportuno di inibire la stipula del contratto nelle more, al fine di mantenere integra la res litigiosa,”* e rinviato per la trattazione del merito all'odierna udienza.

8. Con memoria del 13 novembre 2014 la Lis s.r.l. ha insistito nella conferma della

sentenza impugnata.

9. Con memoria del 15 novembre 2014 le appellanti, nel ribadire le proprie conclusioni, hanno evidenziato, tra l'altro, che il legislatore non avrebbe previsto alcuna ipotesi di revoca o decadenza dall'aggiudicazione per il caso di irregolarità nella costituzione di una tale forma di garanzia.

10. Con memoria di replica del 20 novembre 2014 la Lis s.r.l. ha reiterato le proprie difese, precisando che, ai sensi dell'art. 28, comma 5, lett. a), del C.S.A. l'importo garantito dovrebbe essere pari almeno all'importo della rata di saldo, maggiorato dell'IVA all'aliquota di legge e del tasso legale di interesse applicato per il periodo temporale di estensione della polizza (nella fattispecie 432 mesi). Pertanto, l'impegno fideiussorio offerto dagli appellanti sarebbe di importo inferiore a quello necessario, non potendosi in contrario invocare quanto disposto dall'art. 27 C.S.A.. Infine, il Direttore della Banca non disporrebbe del potere di sottoscrivere la polizza fideiussoria, essendo una simile facoltà attribuita al consiglio di amministrazione (C.d.A.), ai sensi dell'art. 35 dello Statuto del suddetto istituto di credito.

11. In sede di replica le odierne appellanti, invece, oltre a riproporre gli argomenti già esposti nelle precedenti difese, pongono in luce l'inconferenza del richiamo fatto dall'appellata all'art. 21-octies, l. n. 241/1990, nel contestare la fondatezza del denunciato vizio partecipativo e l'assenza di proporzionalità della misura delle spese legali alle quali venivano condannate in prime cure.

12. L'appello è infondato e deve essere respinto, non potendo darsi adesione alle critiche contenute nell'appello principale.

12.1. Quanto al primo motivo, infatti, non può convenirsi con la qualificazione giuridica di revoca indicata dall'appellante. Nonostante il *nomen juris* utilizzato dalla stazione appaltante, è evidente che il venir meno dell'aggiudicazione a favore dell'originaria parte ricorrente è stato disposto in ragione del riscontro in capo a quest'ultima di cause di esclusione, quindi della presenza di illegittimità che

inficiavano l'aggiudicazione disposta. In una simile ipotesi, quindi, non di revoca dell'aggiudicazione può parlarsi, bensì di annullamento della stessa. Da ciò discende che non può essere utilmente invocata la disciplina contenuta nell'art. 21-quinquies, l. n. 241/1990. Se si analizza poi la tempistica degli atti adottati si può notare come gli stessi non solo risultino ravvicinati nel tempo, ma anche come l'odierna parte appellante sia stata messa nelle condizioni di interloquire con la stazione appaltante, sicché non può registrarsi alcuna violazione al contraddittorio procedimentale. Infatti, a fronte dell'aggiudicazione intervenuta a favore dell'appellante in data 23 luglio 2013, appena in data 1 ottobre 2013 la stazione appaltante rendeva edotta l'aggiudicataria delle contestazioni della seconda classificata e informato la prima che erano in corso approfondimenti circa la validità della garanzia presentata in gara. Quindi, sempre nello stesso mese invitava l'odierna appellante a presentare ulteriore impegno fideiussorio da parte di istituto di credito ed in data 14 novembre 2013 poneva nel nulla il provvedimento di aggiudicazione.

Del pari, la procedura seguita dalla stazione appaltante per riscontrare la presenza di un elemento dell'offerta quale la durata della garanzia fideiussoria non può essere qualificata come verifica di anomalia dell'offerta. Ed, infatti, le richieste rivolte dalla stazione appaltante hanno avuto ad oggetto la sussistenza degli elementi dell'offerta e non la loro congruità. Pertanto, in disparte la questione sulla limitazione o meno del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta al solo elemento prezzo, ciò che rileva è che non può confondersi la verifica dell'esistenza degli elementi strutturali dell'offerta con la verifica di idoneità che caratterizza, invece, il procedimento di anomalia e che nella fattispecie in esame risulta del tutto avulso. Lo stesso bando di gara, peraltro, disponeva espressamente che la procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta fosse limitata al solo elemento prezzo in omaggio a quanto disposto dall'art. 86, comma 2, d.lgs. n. 163/2006. Da qui, anche l'inconferenza del richiamo all'art. 88, d.lgs. n. 163/2006, la cui

disciplina non doveva essere, pertanto, osservata.

12.2. Allo stesso modo non può prestarsi adesione alla doglianza con la quale si ritiene che il primo giudice avrebbe dovuto esaminare tutti i motivi dedotti avverso il provvedimento con il quale l'odierna appellante veniva privata dell'aggiudicazione, nonostante quest'ultimo fondi su due distinte ed autonome argomentazioni: a) l'assenza di poteri in capo al Direttore della Banca di Capaccio Paestum di rilasciare la polizza fideiussoria; b) l'incapienza dell'importo oggetto della fideiussione. Infatti, secondo la giurisprudenza consolidata di questo Consiglio, dalla quale non v'è ragione di discostarsi: *“In caso di impugnazione giurisdizionale di determinazioni amministrative di segno negativo fondate su una pluralità di ragioni ciascuna delle quali di per sé idonea a supportare la parte dispositiva del provvedimento, è sufficiente che una sola di esse resista al vaglio giurisdizionale perché il provvedimento nel suo complesso resti indenne dalle censure articolate ed il ricorso venga dichiarato infondato, o meglio inammissibile per carenza di interesse alla coltivazione dell'impugnativa avverso l'ulteriore ragione ostativa, il cui esito resta assorbito dalla pronuncia negativa in ordine alla prima ragione ostativa”* (Cons. St., Sez. V, 6 marzo 2013, n. 1373; Id., Sez. VI, 27 febbraio 2012, n. 1081). Da ciò deriva che le doglianze non esaminate dal primo giudice non debbano essere vagliate in questa sede in caso di infondatezza delle censure avverso il capo della sentenza che ha ritenuto legittimo il provvedimento, con il quale la stazione appaltante ha posto in luce i vizi di durata della polizza di garanzia prodotta dall'odierna appellante.

12.3. Le doglianze rappresentate dall'appellante avverso il capo della sentenza che ha ritenuto sussistenti i vizi di durata della polizza di garanzia non sono fondate. Occorre ribadire che il bando di gara disponeva l'aggiudicazione dell'appalto con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base dei seguenti elementi di natura quantitativa: I) il prezzo più basso; II) i mesi di estensione della polizza fideiussoria a garanzia della rata di saldo oltre ai due anni dal collaudo dei lavori; III) tempo di esecuzione dei lavori. In particolare, alla maggiore estensione

della garanzia poteva essere attribuito un massimo di 20 punti. Pertanto, l'indicazione come impegno per la rata a saldo in misura pari a 1.100.000,00 euro, dimostrato dall'appellante nel contraddittorio avviato dalla stazione appaltante all'indomani dell'aggiudicazione, appare inidoneo a garantire la rata a saldo a fronte dell'offerta fatta dall'appellante, risultante dai documenti in atti. La prova di tale affermazione è data dall'esame degli artt. 27 e 28 del capitolato speciale. Il primo al comma 6, infatti, stabilisce che gli stati di avanzamento lavori non potranno superare il 90%, sicché la rata di importo finale non potrà essere inferiore al 10% dell'importo contrattuale netto. Inoltre, in omaggio a quanto disposto dall'art. 28 del capitolato speciale, l'importo garantito doveva almeno essere pari all'importo della rata di saldo oltre IVA, maggiorato del tasso legale di interesse per il periodo di durata della polizza. Correttamente, infatti, il TAR ha posto in rilievo che la maggiorazione non potesse essere limitata soltanto a due anni pari alla durata ordinaria della garanzia, a prescindere dalla maggior durata offerta in gara, perché in questo modo gli elementi di composizione dell'offerta, tra i quali appunto i mesi di estensione della polizza fideiussoria a garanzia della rata di saldo oltre ai due anni dal collaudo dei lavori, sarebbero stati del tutto sganciati dall'impegno in concreto assunto dai concorrenti.

13. L'infondatezza della doglianza da ultimo esaminata consente al collegio di non procedere alla disamina dei motivi assorbiti dal primo giudice per le ragioni indicate supra sub 12.2. e dell'eccezione di inammissibilità proposta dall'appellata Società Lis s.r.l. per violazione dell'art. 101, comma 2, c.p.a..

14. L'appello deve, quindi, essere respinto. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la parte appellante al pagamento delle spese del presente grado di

giudizio che liquida in 10.000,00 (diecimila/00) euro, oltre accessori di legge, a favore della Lis s.r.l.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/02/2015

IL SEGRETARIO

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