



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 3030 del 2009, proposto da:
Elettraedil S.n.c. di Perri Carla Giuseppina & C., rappresentato e difeso dall'avv.
Ettore Notti, con domicilio eletto presso Antonella Martufi in Roma, via U. Tupini
N. 96;

contro

Comune di Aprigliano, rappresentato e difeso dall'avv. Nicola Gaetano, con
domicilio eletto presso Gaetano Nicola in Roma, via Brenta, 2/A; Conedil
Consorzio Edili Federimpresa Soc.Coop.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - CATANZARO :SEZIONE II n.
00284/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO APPALTO
LAVORI DI RIQUALIFICAZIONE VIABILITA' URBANA

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 4 novembre 2011 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Nucci, per delega dell'Avv. Notti, e Mosca, per delega dell'Avv. Gaetano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazione n.° 151/ 2008 il responsabile del servizio tecnico del Comune di Aprigliano approva il bando a procedura aperta per i lavori di riqualificazione della viabilità urbana del centro storico frazione Vico, ai sensi dell'art. 55 d.lgs. 163 del 2006.

Giusta il verbale di gara, delle cinque imprese partecipanti tre imprese, una delle quali la Elettraedil odierna ricorrente, venivano escluse perché la polizza fideiussoria relativa alla cauzione non era stata legalizzata da un pubblico ufficiale nei modi previsti dall'art. 30 dpr 28.12.2000 n. 445, per come richiesto dall'art. 13 del bando di gara, e per la mancata dichiarazione relativa alle opere da voler eventualmente concedere in subappalto.

Il provvedimento di esclusione veniva quindi impugnato dalla Elettraedil con ricorso al TAR per la Calabria che, con sentenza 284/2009, lo respingeva.

Avverso la predetta sentenza la Elettraedil ha interposto l'odierno appello, chiedendone l'integrale riforma.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione comunale di Aprigliano, chiedendo la reiezione del gravame.

Le parti hanno affidato ad apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi giuridiche.

Alla pubblica udienza del 4 novembre 2011 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è infondato.

2. Con il primo mezzo di gravame la ricorrente deduce l'erroneità della sentenza appellata laddove "in assenza di previsione del bando che imponeva di rendere la dichiarazione di subappaltare anche in forma negativa, ha desunto tale obbligo della censurata interpretazione della legge e del bando".

2.1. La censura è destituita di fondamento.

Ed invero il bando al punto 12 recante la rubrica "Documentazione per la partecipazione alla gara" al n. 1 stabiliva che nell'istanza di partecipazione le Ditte dovessero, "altresì indicare: a) le lavorazioni che, ai sensi dell'art. 118 del D. Lgs n. 163/2006 s.m. i. intendono eventualmente subappaltare o concedere in cottimo".

Il successivo punto 12.9 stabiliva, poi, che "L'istanza di partecipazione, le dichiarazioni le documentazioni e le attestazioni di cui ai punti 12.1; .. devono per una spedita verifica in sede di gara essere redatte preferibilmente secondo l'ordine cronologico di cui sopra predisposto, .. e in caso di assenza, incompletezza, irregolarità di una documentazione o dichiarazione, si determina l'esclusione dalla gara".

Pertanto, correttamente il primo giudice ha concluso che "non avendo l'interessata prodotto l'apposita dichiarazione di subappaltare le lavorazioni, anche se negativa, dichiarazione espressamente indicata tra quelle la cui mancanza era sanzionata con l'esclusione, le sue contestazioni al riguardo non possono essere condivise, dal momento che la Commissione di gara non ha fatto altro che applicare una apposita disposizione del bando".

3. Con il secondo mezzo di gravame l'appellante deduce che avrebbe errato "nuovamente il Tar Calabria quando ritiene assorbente la ingiusta motivazione circa la chiara portata della norma del bando che prevede l' esclusione per omessa legalizzazione della firma del rappresentante dell'ente fideiussore".

Assume, al riguardo, che detta erronea svista sarebbe “cagionata dall’omesso apprezzamento del documento redatto dall’assicuratore, il quale chiaramente previa ammonizione e presa d’atto delle responsabilità connesse alla ipotesi di false e mendaci dichiarazioni, ha legalizzato la sua firma ai sensi dell’art. 38 comma 3 dpr. 445 del 2000, ... sicché nessuna violazione è stata compiuta dalla appellante né il pure impugnato bando e disciplinare potevano derogare ad una così chiara norma di legge”.

3.1. La censura è infondata.

Ed invero, è incontroverso in punto di fatto, che la ricorrente ha prodotto la polizza fideiussoria, sottoscritta dall’agente principale con autodichiarazione dello stesso, in calce al documento, recante la dicitura che le firme erano state apposte in sua presenza e che si era accertato dell’identità e dei poteri dei firmatari, il tutto suffragato da separata dichiarazione sostitutiva di certificazione con fotocopia del documento di riconoscimento del medesimo soggetto.

Ciò posto, correttamente il TAR ha rilevato che “nel caso in esame, la autodichiarazione non proveniva dal partecipante alla gara, ma da un terzo soggetto completamente ad essa estraneo, né era ricompresa tra quelle che potevano essere rese in forma di dichiarazione sostitutiva ai sensi dell’art. 46 del DPR n. 445/2000. Per cui nessun obbligo vi era per l’Amministrazione di accettare un simile succedaneo in presenza della chiara lettera del bando, che ammetteva o l’originale della polizza fideiussoria o la copia con la firma legalizzata da un pubblico ufficiale”.

Infatti non v’è dubbio che la cauzione costituisce parte integrante dell’offerta e non mero elemento a corredo della stessa, per cui essa non può ragionevolmente essere oggetto di regolarizzazione postuma, pena la violazione del fondamentale principio della par condicio dei concorrenti.

Ne consegue, come già rilevato dalla Sezione in sede cautelare con l'ordinanza n. 2283/09, che la richiesta di regolarizzazione non può essere formulata dalla stazione appaltante se vale ad integrare documenti che, in base a previsioni univoche del bando o della lettera d'invito, avrebbero dovuto essere prodotti a pena di esclusione ... e che pertanto, in ogni caso, non poteva applicarsi l'art 46 d. lgs. n. 163/2006 alla polizza fideiussoria non legalizzata”.

Né, peraltro, la clausola in questione risulta illegittima “poiché essa si risolverebbe in una formalità non essenziale e non prevista dalla disciplina sugli incanti pubblici”, come ritenuto dall'appellante.

E' del tutto ragionevole, infatti, che la stazione appaltante nell'ambito dei suoi poteri discrezionali richieda tassativamente o l'originale della polizza fideiussoria o la copia con firma legalizzata (escludendo sucedanei), non costituendo di certo tale prescrizione un aggravio del procedimento, ma un incombenza di facile esecuzione adoperando una più che normale diligenza nella predisposizione della documentazione di gara.

4. Le restanti censure sono palesemente infondate.

4.1. In merito al terzo motivo, infatti, correttamente il TAR ha statuito che l'art. 84, commi 1 e 2, si applica al sistema di gara eseguito con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e non come, nel caso di specie, con il criterio del prezzo più basso.

Tra l'altro ciò si deduce anche dalla struttura della parte II, del Titolo I del capo III del Codice dei Contratti, non essendoci nessuna norma specifica e derogatoria sui componenti della Commissione, come invece avviene nel caso di aggiudicazione con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

4.2. In merito al quarto motivo, relativo alla inosservanza del termine di trenta giorni per l'aggiudicazione definitiva previsto dall'art. 12 del codice degli appalti, in modo parimenti corretto il TAR ha rilevato che lo stesso non è condivisibile, dal

momento che la norma fissa un termine massimo di 30 giorni per la approvazione della aggiudicazione provvisoria, da parte dell'organo competente, decorso il quale, l'aggiudicazione si intende comunque approvata.

Trattasi, dunque, di una norma atta a snellire la procedura e non a fissare il termine il cui decorso è condizione perché l'organo competente possa provvedere alla approvazione della aggiudicazione provvisoria.

4.3. E' da respingere, infine, anche l'ultima doglianza con la quale parte ricorrente fa valere l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento di esclusione, dal momento che, come esattamente osservato dal primo giudice, quello di esclusione è un subprocedimento all'interno del procedimento di gara e come noto per i subprocedimenti non v'è necessità della comunicazione di avviso.

5. Per le ragioni esposte il ricorso è infondato e, come tale, da respingere.

Sussistono tuttavia giusti motivi, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello, di cui in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/02/2012

IL SEGRETARIO

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