



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1580 del 2010, proposto da:
Od'A Officina D'Architettura Srl in persona del legale rapp.te p.t., arch. Alessandra Fasanaro, Ing. Filippo Cavuoto Srl in persona del legale rapp.te p.t.,ing. Claudio Cicatiello,ing. Filippo De Rossi, avv. Alfredo Contieri, dott.Fabrizio Ferrentino, in proprio e nella qualità di membri del costituendo RTI ai sensi dell'art. 37 D. Lgs. 163/2006, tutti rappresentati e difesi dall'avv. Alfredo Contieri, presso cui elett.te dom.no in Napoli, via R. De Cesare 7;

contro

Regione Campania, in persona del Presidente p.t. della G.R., rappresentato e difeso dall'avv. Almerina Bove, con la quale elett.te dom. in Napoli, via S. Lucia,81-C/0
Avvocatura Regionale

per l'annullamento

della nota del Responsabile Unico del Procedimento prot. 201001S1412 del 1 marzo 2010 con cui è stata comunicata l'esclusione del ricorrente tramite la mandataria OD'A Officina d0Architetturad'Architettura s.r.l.,dalla gara tramite

procedura aperta per l'affidamento dei servizi per l'elaborazione dello studio di fattibilità e del progetto preliminare del "Polo Conserviero Regionale" promossa dalla Regione Campania - Assessorato alle Attività Produttive e al Turismo - AGC 12;

dei verbali di gara ed in particolare del verbale n. 6 del 17.2.2010 con cui la commissione ha proceduto all'esclusione della ricorrente dalla gara a seguito della verifica della documentazione amministrativa svolta in seduta non pubblica; di ogni altro atto connesso e conseguente ivi compresa l'eventuale aggiudicazione provvisoria e o definitiva della gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Campania;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 febbraio 2011 il Cons. Anna Pappalardo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il costituendo RTI ricorrente aveva chiesto di partecipare alla Gara per l'affidamento dei servizi per l'elaborazione dello studio di fattibilità e del progetto preliminare del Polo agroalimentare regionale – Par. Con il ricorso in esame ha impugnato il provvedimento, comunicato con nota del R.U.P. del 1 marzo 2010, con il quale è stato escluso dalla gara, e ne ha chiesto l'annullamento perché illegittimo sotto diversi profili.

La Commissione Giudicatrice, nominata con Decreto Dirigenziale n. 28 del 18.12.2009, ha ritenuto, nella seduta del 17 febbraio 2010, di dover escludere dalla gara in questione il ricorrente RTI costituendo per le seguenti quattro cause:

- le tre buste A-B-C sono state controfirmate su uno soltanto dei lembi di chiusura;
- il gruppo di lavoro risulta composto solo da sette professionisti e non da dieci come richiesto dal bando;
- la polizza fideiussoria presentata <<non è conforme ai requisiti previsti a pena d'esclusione dall'art. 12 del disciplinare di gara: punti b >>.
- una delle garanzie bancarie non è conforme alle prescrizioni del bando.

La Regione Campania si è costituita contestando la fondatezza della domanda.

Con ordinanza n.808/2010 è stata accolta la domanda cautelare ai fini della ammissione con riserva della ricorrente alla procedura in oggetto.

Alla pubblica udienza del 10.2.2011 il ricorso è stato ritenuto in decisione.

DIRITTO

Va preliminarmente rilevato come, benchè la difesa della Regione intimata abbia alla odierna udienza di discussione oralmente dichiarato che la gara non ha avuto seguito e non sono state espletate le procedure di selezione dei concorrenti anche in ragione della intenzione di procedere alla revoca della intera procedura, non risultano emanati provvedimenti formali in tal senso . Pertanto non può farsi luogo a declaratoria di improcedibilità della domanda per sopravvenuta carenza di interesse, dovendo il Collegio decidere la controversia allo stato degli atti.

Nel merito, la domanda è fondata e va accolta, risultando illegittima l'esclusione del costituendo RTI dalla gara de qua, all'esito della disamina di tutti i motivi ravvisati dalla commissione giudicatrice.

Sotto un primo aspetto, è stato contestato che non vi era controfirma delle buste contenenti le offerte su tutti i lembi, ritenendosi violata la segretezza del contenuto delle stesse. Al riguardo va premesso che la formalità omessa consiste

pacificamente nella mancata firma dei lembi della busta preincollati dal fabbricante ; in tal senso, si tratta di formalità non richiesta né evincibile in via indiretta, come ritenuto dalla giurisprudenza del Giudice di appello, secondo cui è illegittima l'esclusione dalla gara per mancata apposizione del sigillo anche sul lembo di chiusura già preincollato dal costruttore della busta contenente l'offerta (CdS sez. V sentenza 3269/2002; nonché T.A.R. Sardegna 19.5.2003 n. 627 , TAR Puglia 5.6.2001 n. 2081). Invero per lembi di chiusura di un plico devono intendersi i lembi ancora aperti, che vanno ad aggiungersi a quelli (eventualmente) già chiusi dal fabbricante del plico stesso mediante operazione di preincollatura (cfr. per tutte TAR Sardegna, 19 maggio 2003 n. 627).

La seconda motivazione di esclusione si fonda sulla circostanza che il gruppo di lavoro era risultato composto da soli sette professionisti in luogo dei dieci richiesti dal bando. In proposito osserva il Collegio che la lex specialis di gara all'art. 10 del disciplinare prevede la presenza obbligatoria :”...almeno delle seguenti professionalità Senior con comprovata esperienza lavorativa, almeno decennale, nell'ambito delle materie di specifica competenza:.....”.

La clausola evidenzia che l'interesse della stazione appaltante è di avere un gruppo di lavoro nel quale siano rappresentate le professionalità ivi elencate , sì che l'interpretazione rispondente alla ratio della stessa non esclude che più professionalità possano essere cumulate in una stessa persona.

Né l'amministrazione ha contestato che i sette professionisti non posseggano cumulativamente le dieci professionalità richieste, circostanza peraltro evincibile dalla domanda di partecipazione .

Venendo all'esame del terzo motivo di esclusione, consistente nella mancata rispondenza della fideiussione ai requisiti richiesti dal bando, il Collegio osserva che si tratta di questione già scrutinata da questo Tribunale con la pronuncia n. 7712/2010 , alle cui motivazioni il Collegio si richiama.

In particolare, si deve partire con il rilevare che l'art. 12 del disciplinare di gara prevede che <<a garanzia della serietà e della irrevocabilità dell'offerta e, in particolare dell'autenticità della certificazione prodotta e della veridicità delle dichiarazioni rese nell'offerta medesima, nonché della obbligazione di sottoscrivere il contratto in ipotesi di aggiudicazione del Servizio, ciascun concorrente deve prestare, a pena di esclusione, una garanzia, pari al 2% dell'importo di euro 300.000,00, a base di gara, ai sensi e con le modalità previste dall'art. 75 del Codice>> dei contratti.

<<A scelta del concorrente, la garanzia può essere prestata sia nella forma della cauzione che nella forma della fideiussione>>.

In particolare la fideiussione, che può essere bancaria, assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti negli appositi elenchi, <<deve, a pena di esclusione:

a) indicare testualmente il seguente oggetto: “Gara con procedura aperta per l'affidamento dell'appalto dei servizi relativi all'elaborazione dello studio di fattibilità e del progetto preliminare del “Polo agroalimentare regionale (Par)” – fideiussione quale cauzione provvisoria richiesta al punto 13 del bando di gara”;

b) in relazione alla gara in oggetto garantire:

- l'autenticità della certificazione prodotta e della veridicità delle dichiarazioni rese nella presentazione dell'offerta;

- l'obbligazione di sottoscrivere il contratto alle condizioni indicate nell'offerta in ipotesi di aggiudicazione della gara;

c) ...

d) prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale.... >>.

Ciò posto, non sussistono le ragioni poste a base del motivo di esclusione di cui alla lettera “b” dell'art. 12 del disciplinare di gara che, come si è su ricordato, prevede che la fideiussione deve garantire: 1) l'autenticità della certificazione prodotta e la

veridicità delle dichiarazioni rese nella presentazione dell'offerta; 2) l'obbligazione di sottoscrivere il contratto alle condizioni indicate nell'offerta in ipotesi di aggiudicazione della gara.

Sostiene al riguardo il ricorrente che se l'esclusione è stata determinata per la mancata espressa indicazione nella Polizza stipulata (e depositata con l'offerta) dei suindicati elementi, l'esclusione deve ritenersi illegittima perché tali elementi sono intrinseci al contratto sottoscritto e nulla aggiungono a quello che è il contenuto tipico delle fideiussioni che sono presentate per le partecipazioni alle gare ai sensi dell'art. 75 del Codice dei Contratti.

In particolare le garanzie richieste dalla lettera "b" dell'art. 12 del disciplinare di gara, secondo la parte ricorrente, non sono altro che specificazioni del contenuto del comma 6 dell'art. 75 del Codice dei Contratti secondo cui <<la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario>>, in ciò includendo evidentemente ogni fatto -- compreso l'autenticità della certificazione prodotta e la veridicità delle dichiarazioni rese nella presentazione dell'offerta nonché l'obbligazione di sottoscrivere il contratto alle condizioni indicate nell'offerta, nell'ipotesi di aggiudicazione della gara -- dovuto al partecipante alla gara che non consente di giungere poi alla sottoscrizione del contratto.

La Regione Campania, nella sua memoria difensiva, sostiene invece che, anche a voler ritenere che la garanzia fideiussoria si estenda in via naturale e per legge anche all'ipotesi di falsità delle dichiarazioni e/o dei documenti e certificazioni prodotte, l'espressa assunzione di siffatta obbligazione di garanzia da parte del garante risponde ad un interesse<certamente meritevole di tutela, consistente nella certezza del contenuto del rapporto di garanzia e nella prevenzione di contestazioni e contenzioso>>.

Questo Tar ritiene fondate anche su tale punto le doglianze sollevate dal ricorrente.

Si deve al riguardo ricordare che, per giurisprudenza pacifica, in una gara pubblica la cauzione provvisoria svolge una duplice funzione di garanzia per l'amministrazione appaltante, a tutela della serietà e della correttezza del procedimento di gara, sia per il caso in cui l'affidatario non si presti a stipulare il relativo contratto sia per la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese in sede di partecipazione alla gara in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico - finanziaria e tecnico - organizzativa prescritti dal bando o dalla lettera di invito (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 4 ottobre 2005, n. 8; Consiglio di Stato sez. V, 28 giugno 2004, n. 4789; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 2 marzo 2009, n. 2113).

La cauzione provvisoria ha quindi la funzione di garantire l'Amministrazione per il caso in cui l'affidatario dei lavori non si prestasse poi a stipulare il relativo contratto ed anche l'ulteriore funzione di garantire la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese, in sede di partecipazione alla gara, circa il possesso dei requisiti prescritti dal bando, così da garantire l'affidabilità dell'offerta e rappresentare, salvo prova di maggior danno, una liquidazione anticipata dei danni derivanti all'amministrazione dall'inadempimento di tale obbligo di serietà da parte del concorrente, con la conseguente diretta ed automatica escussione della cauzione nel caso del verificarsi del presupposto correlato alla descritta funzione della cauzione, vale a dire dell'inadempimento del partecipante (T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 16 luglio 2008, n. 1755).

Posto quindi che la garanzia fideiussoria prestata in sede di presentazione di una offerta per una gara include, come previsto dalla legge (art. 75, comma 6, del Codice dei Contratti), qualsiasi fatto dovuto a colui che ha presentato l'offerta che non consenta di sottoscrivere con lui il contratto qualora sia risultato affidatario, tale garanzia, anche nella fattispecie in esame, non può non includere in primo luogo il caso che il partecipante alla gara non sottoscriva il contratto alle condizioni

indicate nell'offerta nell'ipotesi di aggiudicazione della gara (così come richiesto dal secondo alinea della lettera "b" dell'art. 12 del disciplinare di gara).

E la garanzia fideiussoria prestata non può non includere, per quanto si è su ricordato, anche l'eventuale mancata aggiudicazione dovuta alla non autenticità della certificazione prodotta e alla non veridicità delle dichiarazioni rese nella presentazione dell'offerta (come richiesto dal primo alinea della lettera "b" dell'art. 12 del disciplinare di gara).

A tal riguardo deve essere anche richiamato l'art. 48, del d.lgs. n. 163 del 2006 recante il Codice dei Contratti (che riporta quanto prima previsto dall'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994), che, nel prevedere che le stazioni appaltanti procedano ad una verifica a campione delle domande di partecipazione ad una gara, consentendo alle imprese sorteggiate di comprovare il possesso dei requisiti di « capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa eventualmente richiesti nel bando, presentando la documentazione... », precisa che, quando la prova non sia fornita ovvero non siano confermate le dichiarazioni contenute nelle domande di partecipazione, si procede alla esclusione dalla gara con l'escussione della cauzione e la segnalazione all'Autorità di vigilanza.

Deve considerarsi pertanto irrilevante la circostanza che nella polizza fideiussoria sottoscritta dal ricorrente per prestare la cauzione provvisoria per la partecipazione alla gara in questione non erano riportate per esteso le indicazioni contenute nella lettera b) dell'art. 12 del disciplinare di gara posto che il contenuto di tali indicazioni doveva considerarsi comunque già incluso, per quanto disposto dalla legge nella interpretazione che ne ha dato la giurisprudenza oramai consolidata, nel contenuto della polizza sottoscritta dalla ricorrente.

Nè può ritenersi, come sostenuto dalla Regione, che la formula contenuta nel primo alinea dell'art. 12 del disciplinare di gara possa essere interpretata nel senso di prevedere una garanzia (ulteriore) di autenticità delle dichiarazioni e/o dei

documenti e delle certificazioni prodotte, tenuto conto che tale garanzia non potrebbe certo essere fornita da un atto che è espressione di un negozio giuridico di diritto privato che interviene tra il garante (l'Istituto di credito) ed il beneficiario (e se il bando avesse voluto prevedere siffatta ulteriore garanzia risulterebbe certamente equivoco e quindi anche illegittimo).

Compito della polizza fidejussoria, come previsto dalla legge, è invece quello di garantire l'amministrazione per tutti i fatti addebitabili al presentatore dell'offerta che non consentano poi di poter sottoscrivere con lui il contratto per la gara indetta, con la possibilità del suo incameramento da parte della stazione appaltante. Ritene infine il Collegio che non trovi fondamento neppure l'ultimo motivo di esclusione, basato sulla pretesa non conformità alle prescrizioni del bando di una delle due garanzie bancarie prestate.

Si fa in particolare riferimento alla attestazione della CARIPARMA in data 23.11.2009, nella quale la formula richiesta dal bando è stata divisa in due parti, l'una riportata nell'oggetto ("richiesta referenze bancarie per la gara relativa all'affidamento dei servizi per l'elaborazione dello studio di fattibilità e del progetto preliminare del "Polo conserviero regionale" bandito dalla Regione Campania"), e l'altra facente parte della attestazione vera e propria, : "...in relazione alla effettuazione del servizio in oggetto si attesta la piena solidità dell'offerente sul piano patrimoniale, economico e finanziario".

Così formulata, la garanzia bancaria risulta , come emerge dalla dizione utilizzata, chiaramente ed univocamente riferita alla gara in questione alla quale il ricorrente ha chiesto di partecipare, e pienamente rispondente alla richiesta della *lex specialis* di gara.

Invero non si può ritenere che il formalismo che è necessario rispettare nelle procedure di gara, anche a garanzia della par condicio dei concorrenti, possa giungere fino al punto di dover considerare non corretta una espressione utilizzata

solo perché la stessa non riproduce esattamente, parola per parola, quella indicata nel bando quando la formula utilizzata, senza alcun margine neanche minimo di dubbio, riproduce comunque in concreto il riferimento richiesto.

Così, nella fattispecie, la attestazione bancaria presentata dal ricorrente, pur riportando per intero l'oggetto della gara nel preambolo sotto la dicitura "Oggetto", come indicato fra virgolette nel bando, e di seguito contenendo solo la attestazione della solidità dell'offerente, non può non ritenersi che riferita inequivocabilmente alla gara in questione.

E ciò anche se i vocaboli utilizzati nell'oggetto non sono stati riprodotti nella attestazione, atteso che è evidente il loro diretto e chiaro collegamento alla attestazione di solidità sul piano patrimoniale, economico e finanziario. La loro ripetizione anche nel corpo della garanzia bancaria non avrebbe aggiunto alcun ulteriore elemento necessario all'individuazione della gara, con la conseguenza che non sussiste neanche il minimo dubbio circa l'identificazione della garanzia presentata dal ricorrente con la gara per la quale la stessa è stata offerta.

Per tutti gli esposti motivi il ricorso deve essere accolto e l'esclusione del costituendo RTI OD'A Officina D'Architettura Srl, Alessandra Fasanaro, Ing. Filippo Cavuoto Srl, Claudio Cicatiello, Filippo De Rossi, Alfredo Contieri, Fabrizio Ferrentino dalla Gara per l'affidamento dei servizi per l'elaborazione dello studio di fattibilità e del progetto preliminare del polo agroalimentare regionale – Par deve essere in conseguenza annullata.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso in epigrafe e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato con il quale è stata disposta l'esclusione del costituendo RTI OD'A Officina D'Architettura Srl,

Alessandra Fasanaro, Ing. Filippo Cavuoto Srl, Claudio Cicatiello, Filippo De Rossi, Alfredo Contieri, Fabrizio Ferrentino dalla Gara per l'affidamento dei servizi per l'elaborazione dello studio di fattibilità e del progetto preliminare del polo agroalimentare regionale - Par.

Condanna la regione Campania ut supra rapp.ta e difesa alla rifusione in favore del ricorrente delle spese di lite liquidate in complessivi Euro 2000,00 oltre che del contributo unificato dallo stesso anticipato.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Carlo D'Alessandro, Presidente

Anna Pappalardo, Consigliere, Estensore

Paolo Corciulo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/03/2011

IL SEGRETARIO

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