



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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 331 del 2011, proposto da:
Elpo GmbH-s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Benedetto Giovanni Carbone e
Luigi Strano, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via degli
Scipioni, 288;

contro

ABD Airport s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Manzi e Dieter Schramm,
con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Federico
Gonfalonieri, 5;

nei confronti di

Leitner Solar s.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. - SEZIONE AUTONOMA DI

BOLZANO, n. 00323/2010, resa tra le parti, concernente
AFFIDAMENTO FORNITURA CON RELATIVA
INSTALLAZIONE E MANUTENZIONE/GESTIONE DI UN
IMPIANTO FOTOVOLTAICO - RISARCIMENTO DANNI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'appellata ABD Airport
s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 maggio 2011 il Cons.
Bernhard Lageder e uditi per le parti gli avvocati Manzi, Strano e
Schramm;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza in epigrafe, il Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano, respingeva il ricorso proposto dalla società Elpo GmbH-s.r.l. avverso il provvedimento di esclusione dalla gara d'appalto indetta dalla ABD Airport s.p.a. (con bando pubblicato il 5 giugno 2009) per l'affidamento della fornitura e installazione di un impianto fotovoltaico presso l'aeroporto di Bolzano, con procedura aperta e col criterio del prezzo più basso rispetto al prezzo base d'asta di euro 3.968.960,36. Il provvedimento di esclusione era stato motivato dalla mancata presentazione, in

violazione della *lex specialis*, della dichiarazione d'impegno al rilascio di garanzia fideiussoria pari al 10% del valore dell'offerta per la manutenzione e gestione dell'impianto per l'ipotesi che la stazione appaltante si fosse avvalsa della facoltà di affidare all'aggiudicataria anche tali servizi aggiuntivi. Il Tribunale regionale di giustizia amministrativa riteneva legittimo l'operato della stazione appaltante, rilevando che la ricorrente, in contrasto con le previsioni del capitolato, si era limitata a presentare una fideiussione pari al 10% del prezzo sull'importo del contratto di fornitura e installazione dell'impianto, e non anche a copertura degli eventuali incarichi successivi e aggiuntivi per la manutenzione e gestione dell'impianto, e che la stazione appaltante legittimamente non aveva tenuto conto delle dichiarazioni integrative della banca garante (ossia, della Cassa Raiffeisen di Brunico), esulanti dai limiti di meri chiarimenti resi ai sensi dell'art. 46 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in ordine al contenuto della già presentata dichiarazione fideiussoria e implicanti un inammissibile aumento postumo della garanzia in relazione alle offerte aggiuntive. L'adito Tribunale regionale di giustizia amministrativa disattendeva altresì la censura di illegittimità del bando, dedotta sotto il profilo della previsione di una dichiarazione fideiussoria difforme dallo schema-tipo di cui al d.m. 12 marzo 2004, n. 123, sulla base del testuale rilievo che *“l'esclusione della ricorrente non era stata sancita perché non era stata considerata una dichiarazione di fideiussione conforme allo schema di cui al D.M. 123/2004 ma perché mancava l'indicazione del fideiussore di essere disposto a rilasciare analoga fideiussione per gli eventuali*

incarichi successivi all'esecuzione del contratto ed in quanto era stato lo stesso fideiussore a circoscrivere l'impegno al solo contratto di fornitura ed installazione (il cui importo era ben definito e circoscritto)''. Respungeva di conseguenza anche la proposta domanda risarcitoria e condannava la ricorrente a rifondere alla resistente ABD Airport s.p.a. le spese di causa.

2. Avverso tale sentenza interponeva appello la ricorrente soccombente, deducendo i seguenti motivi:

a) l'erronea applicazione della *lex specialis*, non essendo la mancata presentazione dell'impegno a prestare garanzia fideiussoria in relazione agli incarichi opzionali sanzionata con l'esclusione dalla gara, nonché, ad ogni modo, il travisamento della presentata dichiarazione d'impegno a costituire garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, da ritenersi riferita all'unico contratto comprensivo anche degli eventuali futuri incarichi opzionali;

b) l'erronea applicazione del d.m. 12 marzo 2004, n. 123, emanato in attuazione degli artt. 17 e 30 l. 11 febbraio 1994, n. 109, essendo stata presentata dichiarazione conforme allo schema di polizza tipo approvato dal citato d.m., la violazione del principio del *favor participationis* non comprimibile dall'introduzione di inutili aggravii procedurali, nonché l'errata mancata valorizzazione della dichiarazione integrativa della banca garante circa l'esatto contenuto della presentata garanzia fideiussoria, in violazione dell'art. 46 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163;

c) l'omessa pronuncia sulla censura subordinata d'illegittimità del bando, laddove questo venisse interpretato nel senso di prescrivere, a

pena di esclusione, la presentazione di una specifica dichiarazione separata d'impegno fideiussorio con riferimento ai lotti opzionali, in quanto in contrasto col citato d.m. n. 123/2004.

L'appellante chiedeva dunque, in riforma dell'impugnata sentenza, l'accoglimento del ricorso in primo grado, nonché, tenuto conto della sopravvenuta esecuzione del contratto, della domanda risarcitoria per equivalente, esponendo i danni nell'importo complessivo di euro 1.631.425,00.

3. Costituendosi, l'appellata ABD Airport s.p.a. contestava la fondatezza dell'appello e ne chiedeva il rigetto con rifusione di spese.

4. Sebbene ritualmente evocata in giudizio, ometteva di costituirsi l'originaria controparte Leitner Solar s.p.a., aggiudicataria.

5. All'udienza pubblica del 31 maggio 2011 la causa veniva trattenuta in decisione.

6. I motivi d'appello, tra di loro connessi e da esaminare congiuntamente, sono infondati.

6.1. In linea di fatto, si osserva che l'oggetto della procedura di gara era costituita dall'affidamento della fornitura e installazione di un impianto fotovoltaico presso l'aeroporto di Bolzano, secondo il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso in relazione al prezzo base di euro 3.968.960,36.

Il capitolato oneri, richiamato dal bando, prevedeva che l'offerta economica dovesse contenere, a pena di esclusione, (i) il prezzo per la fornitura e l'installazione dell'impianto, in riduzione rispetto al prezzo base, (ii) “...un'offerta non vincolante per l'ABD AIRPORT SPA per la

manutenzione dell'impianto per la durata di vita prevista pari ad anni 20, compreso il materiale di ricambio necessario...”, e (iii) “...un’offerta non vincolante per l’ABD AIRPORT SPA per la gestione dell'impianto per il periodo di anni 20...”.

Sotto il profilo delle garanzie da prestare dai concorrenti, il capitolato oneri, al capo IV, punto 1.B), prescriveva testualmente che le imprese partecipanti, a corredo dell’offerta economica, dovessero “*allegare, a pena di esclusione, l’impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l’esecuzione del contratto di cui al successivo Capo Nono (Garanzie), qualora l’offerente risultasse affidatario e secondo l’importo pari al 10% dell’importo contrattuale da determinare con riferimento all’offerta economica presentata. La dichiarazione dovrà prevedere anche l’obbligo al rilascio di analoga fideiussione pari al 10% del valore dell’offerta per la manutenzione e gestione nell’ipotesi che l’ABD AIRPORT SPA dichiarasse di volersi avvalere della facoltà di affidare la manutenzione e/o la gestione*”.

Il capo IX del capitolato, richiamato dalla prescrizione sopra riportata, dopo la previsione della prestazione di una garanzia minima di euro 79.379,20 corrispondente al 2% del prezzo base di gara (assolvente alla funzione di cauzione provvisoria *ex art. 75, comma 2, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163*), al punto 8. recava testualmente: “*L’esecutore del contratto è obbligato a costituire una garanzia fideiussoria del 10 per cento dell’importo contrattuale tenuto conto dell’offerta economica presentata....Analoga cauzione pari al 10% dell’importo contrattuale dovrà essere rilasciata a garanzia del buon funzionamento e per tutto il periodo pari a venti anni. Nell’ipotesi che dovesse essere richiesta la manutenzione dell’impianto*

e/o la gestione dovrà essere rilasciata ulteriore cauzione in ragione del 10% dell'importo previsto e per tutta la durata del contratto”.

6.2. Orbene, da quanto sopra risulta che la *lex specialis* di gara prescriveva in modo chiaro e univoco la presentazione, in allegato all'offerta economica, oltre alla dichiarazione d'impegno a prestare garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto di fornitura e installazione dell'impianto nella misura del 10% dell'importo contrattuale (offerto dall'odierna appellante in misura pari a euro 2.666.027,42, comprensivi degli oneri di sicurezza), della dichiarazione d'impegno a rilasciare garanzia fideiussoria anche per l'esecuzione degli incarichi (futuri ed eventuali) di manutenzione e gestione ventennale dell'impianto – incarichi, il cui conferimento era rimesso alla facoltà opzionale della stazione appaltante –, pure nella misura del 10% dei rispettivi importi contrattuali (offerti dall'odierna appellante in misura pari a euro 385.000,00 e rispettivamente a euro 160.000,00).

Il fondamento normativo della prescrizione della dichiarazione di garanzia in esame è rinvenibile nell'art. 75, comma 8, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, secondo cui *“l'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 113, qualora l'offerente risultasse affidatario”.*

La previsione della presentazione di espresse dichiarazioni d'impegno al rilascio di garanzia fideiussoria, riferite distintamente all'esecuzione dei contratti aventi a oggetto (i) la fornitura/installazione dell'impianto d'un lato e (ii) la manutenzione e gestione ventennali dell'impianto d'altro lato, trova la sua ragione giustificatrice nella

circostanza che si tratta di contratti distinti sul piano civilistico, e risponde all'esigenza di garantire, per quanto possibile, la futura esatta esecuzione dei rispettivi distinti rapporti contrattuali già in una fase che precede la costituzione del vincolo contrattuale, in piena aderenza alla *ratio* che permea l'istituto di cui al citato art. 75, comma 8.

La prescrizione censurata dall'odierna appellante, lungi dal costituire un inutile aggravio procedimentale, risponde dunque a una precisa previsione normativa ed è sorretta da un'adeguata *ratio* giustificatrice.

La riconduzione, sotto un profilo programmatico-funzionale, dei futuri ed eventuali contratti d'appalto aventi ad oggetto le prestazioni di manutenzione e gestione dell'impianto alla procedura a evidenza pubblica *de qua* – con conseguente esclusione della necessità di bandire una nuova gara in caso d'esercizio della facoltà d'opzione da parte della stazione appaltante –, nulla toglie alla circostanza che si tratta di contratti giuridicamente distinti (sul piano civilistico) da quello avente ad oggetto la fornitura e l'installazione dell'impianto, sebbene allo stesso economicamente complementari, sicché deve ritenersi legittima la prescrizione della presentazione di un'espressa dichiarazione d'impegno *ex* art. 75, comma 8, in funzione della costituzione di una garanzia *ex* art. 113 a tutela dell'esatta esecuzione anche delle relative obbligazioni contrattuali. Tale soluzione è, peraltro, pienamente conforme ai principi regolatori della materia degli appalti pubblici in punto di distinzione tra fase pubblicistica dell'aggiudicazione e fase civilistica della stipula (ed esecuzione) contrattuale, da ultimo sancita dall'art. 11 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Deve pertanto affermarsi la legittimità della prescrizione della *lex specialis* di presentare a pena di esclusione in allegato all'offerta un'espressa dichiarazione d'impegno *ex art. 75, comma 8, d.lgs. 14 aprile 2006, n. 163*, anche in relazione ai (futuri ed eventuali) contratti d'appalto aventi ad oggetto l'esecuzione delle prestazioni di manutenzione e gestione dell'impianto, subordinati all'esercizio della correlativa facoltà d'opzione riservata alla stazione appaltante.

6.3. Ciò posto, rileva il Collegio che, mentre la società Leitner Solar s.p.a. in allegato all'offerta risulta aver presentato una dichiarazione di garanzia della Banca Popolare dell'Alto Adige, che contiene l'espresso impegno della banca a rilasciare in caso di aggiudicazione, “...*prima della sottoscrizione del contratto, una fideiussione bancaria pari al 10% dell'importo contrattuale da determinare con riferimento all'offerta economica presentata, nonché una fideiussione analoga, sempre del 10% del valore dell'offerta per la manutenzione e gestione nell'ipotesi che l'ABD Airport S.p.A. dichiarerà di volersi avvalere della facoltà di affidare la manutenzione e/o la gestione...*” (v. doc. 8 del fasc. di primo grado dell'odierna appellata), la dichiarazione di garanzia della Cassa Raiffeisen di Brunico, presentata dall'odierna appellante, ha ad oggetto esclusivamente la cauzione provvisoria di euro 79.379,20 *ex art. 75, comma 1, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, e l'impegno “...*a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto di cui all'art. 133 del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i. nel caso in cui l'impresa contraente risultasse aggiudicataria della gara in corso...*”, con riferimento all'importo complessivo dell'appalto indicato in euro 3.968.960,36 e all'oggetto contrattuale costituito dallo “...*affidamento della fornitura –*

con relativa installazione – di un impianto fotovoltaico presso l'aeroporto di Bolzano...”, senza riferimento alcuno all'esecuzione dei contratti aventi ad oggetto la manutenzione e gestione dell'impianto e/o alle relative offerte di prezzo (v. doc. 7 del fascicolo di primo grado dell'odierna appellata). A fronte del chiaro tenore letterale della dichiarazione di garanzia presentata dall'odierna appellante, i primi giudici a ragione hanno escluso la riferibilità della dichiarazione di garanzia anche a tali contratti aggiuntivi, facendo corretta applicazione dei criteri interpretativi che presiedono all'ermeneutica contrattuale.

6.4. Altrettanto correttamente è stata esclusa la possibilità di un'integrazione postuma della dichiarazione di garanzia, dopo lo spirare del termine di presentazione della domanda, trattandosi di incompletezza della documentazione richiesta a pena di esclusione, e risolvendosi dunque la sua presentazione tardiva in un'inammissibile lesione del principio della *par condicio* dei partecipanti alla gara, con conseguente infondatezza della lamentata violazione dell'art. 46 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

6.5. Né è ravvisabile la lamentata violazione del d.m. n. 124/2004, in quanto per un verso l'odierna appellante non è stata esclusa dalla gara per aver presentato una dichiarazione difforme dallo schema di polizza tipo previsto dal citato decreto ministeriale, ma per aver omesso di estendere le dichiarazioni di garanzia agli eventuali contratti aggiuntivi, e dovendo per altro verso il contenuto concreto della dichiarazione di garanzia comunque essere adeguato agli

elementi oggettivi della singola gara d'appalto (prestazioni, corrispettivo), nella specie parzialmente pretermessi nella dichiarazione presentata dall'odierna appellante.

6.6. Per le esposte ragioni l'appello è da respingere, con assorbimento di ogni altra questione, ormai irrilevante ai fini decisorii.

7. In applicazione del criterio della soccombenza, le spese del grado vanno poste a carico dell'appellante.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza; condanna l'appellante a rifondere all'appellata ABD Airport s.p.a. le spese del presente grado, che si liquidano nell'importo complessivo di euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/08/2011

IL SEGRETARIO

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