



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 in appello iscritto al numero di registro generale 8243 del 2008,
proposto da:

ELETTRICA S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Lorenzo Anelli, con domicilio eletto presso l'avv. Lorenzo Anelli in Roma, piazza dell'Orologio, n. 7;

contro

COMUNE DI DENNO, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici domicilia in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti di

ELEZOONE S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. - DELLA PROVINCIA DI TRENTO n. 00163/2008, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI DI

RINNOVO E POTENZIAMENTO IMPIANTO ILLUMINAZIONE - RIS.DANNI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Denno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2012 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Pesce, per delega dell'Avvocato Anelli;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Denno con lettera d'invito in data 31 luglio 2007 indiceva una procedura negoziata ai sensi dell'art. 33 della legge provinciale 10 settembre 1993, n. 26, per l'affidamento dei lavori di "Rinnovo e potenziamento dell'impianto di illuminazione di Denno", per un importo a base d'asta di €. 610.018,95, di cui €. 19.821,58 per oneri di sicurezza, da aggiudicarsi con il criterio del massimo ribasso percentuale da applicare ai prezzi unitari del computo metrico estimativo.

Per quanto qui interessa il punto D della lettera d'invito ("Cauzione provvisoria") richiedeva, a garanzia della stipula del contratto, la cauzione provvisoria "per un ammontare pari al 5% dell'importo a base di gara, pertanto di euro 30.500,95, pena l'esclusione", aggiungendo, al secondo capoverso che "A norma dell'articolo 75, comma 7, del Decr. Leg.vo n. 163/2006, l'ammontare della cauzione è ridotto del 50% nel caso in cui l'impresa possieda la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme UNI EN ISO 9000 rilasciata da organismi accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000: a tal fine è necessario che l'impresa, a pena di esclusione, allegghi alla documentazione comprovante la

costituzione della cauzione provvisoria la certificazione di qualità, oppure un'attestazione rilasciata da un organismo di cui al D.P.R. n. 34/2000 (SOA) dalla quale risulti – a norma dell'articolo 4, comma 3, del D.P.R. n. 34/2000 stesso – il possesso da parte dell'impresa della certificazione di cui in parola. Nel caso di raggruppamento di imprese di tipo orizzontale la riduzione sarà ammessa solo nel caso in cui tutte le associate possiedano la certificazione di qualità”.

Nel corso della gara, tenutasi il 13 settembre 2007, cui partecipavano dodici ditte, era disposta l'esclusione della ART.EL. s.r.l. in quanto la polizza fideiussoria riportava l'importo di €. 12.250,48, inferiore a quanto dovuto; i lavori venivano quindi aggiudicati in via provvisoria alla ditta Edilzoone per un importo complessivo di €. 506.153,26, al netto del ribasso del 14,24% sui singoli prezzi unitari, oltre a €. 19.821,58 per oneri di sicurezza.

Il Tribunale regionale di giustizia amministrativa del Trentino – Alto Adige, sede di Trento, con la sentenza n. 163 del 9 luglio 2008, definitivamente pronunciando sul ricorso proposto da Elettrica s.r.l. per l'annullamento del verbale delle operazioni di gara del 13 settembre 2007, recante l'esclusione della ART.EL. s.r.l., del provvedimento di aggiudicazione provvisorio e di quello definitivo dell'appalto e della lettera d'invito, nonché per il risarcimento del danno, lo respingeva, ritenendo corretta l'esclusione dalla gara della AR.TEL. s.r.l., non potendo, a suo avviso, configurarsi nel caso di specie un mero errore materiale nella indicazione dell'importo della cauzione provvisoria, insufficiente e non corretto, tanto più che non era stata prodotta dalla predetta società alcuna certificazione di qualità che sola poteva legittimare il dimezzamento dell'importo della cauzione.

2. Elettrica s.r.l., secondo cui l'ammissione alla gara della predetta AR.TEL. s.r.l. avrebbe determinato una soglia di anomalia tale da renderla aggiudicataria dell'appalto in ragione del ribasso percentuale offerto, ha chiesto la riforma di tale sentenza, denunciando “Erroneità ed ingiustizia della sentenza appellata nella parte

in cui ha riconosciuto alla motivazione dell'esclusione dell'Impresa Art.el risultante dal verbale di gara una valenza omnicomprensiva, tale da non escludere che l'Amministrazione abbia inteso l'insufficienza della cauzione come riferita al 5% dell'importo a base di gara. Erroneità e ingiustizia della sentenza appellata nella parte in cui non ha ritenuto fondate le censure di violazione di legge per mancata e/o erronea applicazione della *lex specialis*, in particolare del paragrafo 5, lettera D) della lettera di invito prot. n. 2957 dd. 31.07.2007; dell'art. 34 della L.P. n. 26/1993 e dell'art. 75 del D. Lgs. n. 163/2006. Erroneità ed ingiustizia della sentenza nella parte in cui non ha ritenuto fondate le censure di eccesso di potere per carenza di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità, contraddittorietà ed ingiustizia manifesta, violazione del principio del *favor participationis* e "Violazione e/o erronea applicazione delle norme e principi in tema di tassazione delle spese di giudizio – Illogicità – Travisamento", attraverso cui ha sostanzialmente riproposto le doglianze sollevate in primo grado, evidenziando l'erroneità delle conclusioni cui erano pervenuti i primi giudici.

Ha resistito al gravame il Comune di Denno, che ne ha chiesto il rigetto.

3. Alla pubblica udienza del 12 luglio 2012, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

4. L'appello è infondato.

4.1. Pur potendo condividersi l'assunto dell'appellante, secondo cui l'esclusione dalla gara in questione della Art.el. s.r.l. è da ricollegare esclusivamente alla circostanza che la polizza fideiussoria prodotta da quest'ultima riportava un importo (€. 12.250,48) inferiore a quello dovuto secondo la *lex specialis* della gara (pari alla metà di €. 30.500,95 e cioè €. 15.250,48), questa essendo infatti la sola motivazione dell'impugnata determinazione espulsiva, così come del resto si ricava dalla lettura del verbale di gara del 13 settembre 2007 (nel quale non vi è alcun

riferimento alla omessa allegazione della documentazione o dell'attestazione comprovante il possesso della certificazione del sistema di qualità conforme alle norme UNI EN ISO 9000), non può convenirsi sul fatto che l'indicazione nella polizza fideiussoria prodotta dell'importo di €. 12.250,48, in luogo di quello corretto di €. 15.250,48, sarebbe da considerare un mero errore materiale, facilmente riconoscibile e sanabile con l'accorto intervento della stazione appaltante, che si sarebbe invece limitata ad una mera, inammissibile applicazione formalistica delle clausole di gara.

E' sufficiente al riguardo osservare che il punto D) della lettera d'invito ("Cauzione provvisoria") stabiliva espressamente l'importo della cauzione provvisoria dovuta a garanzia della stipula del contratto, fissandola "in euro 30.500,95, a pena di esclusione", pari al 5% dell'importo a base di gara: il dimezzamento di tale importo per il possesso della certificazione del sistema di qualità conforme alle norme UNI EN ISO 9000, pure previsto nel ricordato punto D), frutto di una semplice operazione aritmetica, comportava che l'importo della cauzione provvisoria si riduceva a €. 15.250,48, importo rispetto al quale quello prestato è pacificamente inferiore.

L'amministrazione appaltante ha pertanto correttamente dato applicazione alla norme di gara, contenute nella lettera di invito, che com'è noto vincolano non solo i concorrenti, ma la stessa amministrazione, escludendo la Art.el. s.r.l. che aveva prodotto una polizza fideiussoria recante un importo inferiore a quello prescritto: è appena il caso di ricordare che la giurisprudenza ha più volte ribadito che nelle gare pubbliche la cauzione provvisoria costituisce parte integrante dell'offerta e non mero elemento a corredo della stessa, per cui essa non può formare oggetto di regolarizzazione postuma, pena la violazione del fondamentale principio di *par condicio* dei concorrenti (C.d.S., sez. V, 2 febbraio 2012, n. 549; 3 settembre 2009, n. 5171; sez. IV, 10 maggio 2007, n. 2254).

Né può sostenersi che in tal modo sia stata data un'inammissibile applicazione, formalistica e ingiusta alle norme della gara, in considerazione tra l'altro che proprio dall'esame della polizza prodotta era facilmente evincibile che l'importo indicato era frutto di un errore materiale, giacché era espressamente stabilito che esso corrispondeva al 2,5% del costo complessivo dell'opera: in realtà, proprio tali considerazioni inducono a ritenere che la stessa società avrebbe potuto facilmente riconoscere l'errore, integrando o sostituendo essa stessa tempestivamente, non potendo invece onerarsi di tanto la stazione appaltante, tanto più che l'eventuale integrazione da questa disposta avrebbe macroscopicamente violato il principio della *par condicio* dell'affidamento dei concorrenti, principi rispetto ai quali il *favor participationis* ed anche il c.d. dovere di soccorso devono considerarsi recessivi in presenza, come nel caso di specie, della previsione che sancisce l'esclusione per la mancata corretta indicazione dell'importo della polizza fideiussoria.

Completezza espositiva impone poi alla Sezione di rilevare che non è invocabile nel caso di specie il principio di tassatività delle cause di esclusione, di cui al comma 1 bis dell'art. 46 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, trattandosi di disposizione introdotta dalla lett. d), del comma 2 dell'art. 4, del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 2011, n. 106, non applicabile *ratione temporis* alla controversia de qua per effetto della previsione contenuta nel successivo terzo comma dell'art. 4 del D.L. n. 70 del 2011, secondo cui "Le disposizioni di cui al comma 2,...lett. d)...si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi con i quali si indice una gara sono pubblicati successivamente all'entrata in vigore del presente decreto – legge...".

4.2. Quanto al secondo motivo di gravame, con il quale è stata dedotta l'esorbitanza e la manifesta irrazionalità del capo della sentenza concernente la condanna alle spese di giudizio, la Sezione osserva che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, la statuizione del tribunale amministrativo regionale

sulle spese e sugli onorari di giudizio è espressione di un ampio potere discrezionale, così che in sede di appello tale statuizione può formare oggetto di sindacato solo quando la condanna sia stata posta a carico di una parte non soccombente oppure risulti manifestamente irrazionale (C.d.S., sez. IV, 16 aprile 2012, n. 2161; sez. VI, 30 agosto 2011, n. 4045) e non già quando la condanna sia stata disposta in base al criterio della soccombenza, irrilevante essendo il giudizio, meramente soggettivo, della parte sull'eccessività della liquidazione (C.d.S., sez. 14 marzo 2012, n. 1419).

5. In conclusione l'appello deve essere respinto.

La peculiarità della vicenda controversa giustifica la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da Elettrica s.r.l. avverso la sentenza n. 163 del 9 luglio 2008 del Tribunale regionale di giustizia amministrativa del Trentino – Alto Adige, sede di Trento, lo respinge.

Dichiara compensate le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/09/2012

IL SEGRETARIO

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