



N. 1235/09 Reg. Sent..

N. 2612/2004 Reg. Ric.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA LOMBARDIA
(Sezione III)

ha pronunciato la seguente
SENTENZA

sul ricorso con motivi aggiunti R.G. n. 2612/2004 proposto dalla Edil Più S.n.c., in persona dell'Amministratore Unico, sig. Mario Apone, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Scuderi ed elettivamente domiciliata presso lo studio Tosetto, Weigmann & associati, in Milano, via Durini 5

contro il

Comune di Castiglione Olona, non costituito in giudizio
e nei confronti della

GREENLINE ITALIA S.r.l., in proprio e quale mandataria capogruppo della costituenda A.T.I. tra GREENLINE, IM.CO.SAV. e LAURIDIA S.r.l., in persona dell'Amministratore unico, sig. Paolo Valmori, rappresentata e difesa dagli avv.ti Maurizio Galbiati e Maria Cristina Colombo ed elettivamente domiciliata presso lo studio degli stessi, in Milano, via Durini 24

per l'annullamento, previa sospensione,

- della determinazione del Responsabile del Servizio Lavori Pubblici del Comune di Castiglione Olona n. 162 del 25 febbraio 2004, di aggiudicazione definitiva in favore dell'A.T.I. GREENLINE ITALIA S.r.l., IM.CO.SAV. e LAURIDIA S.r.l. dei lavori di ampliamento della scuola elementare di via Salvo D'Acquisto;
- del verbale del 5 febbraio 2004, concernente lo svolgimento delle operazioni di gara e l'aggiudicazione provvisoria;
- della determinazione del Responsabile del Servizio Lavori Pubblici n. 80 dell'11 febbraio 2004, di aggiudicazione provvisoria dei lavori;
- dell'eventuale contratto sottoscritto tra l'A.T.I. aggiudicataria ed il Comune;
- di ogni altro atto presupposto, connesso, collegato e consequenziale.

VISTO il ricorso con i relativi allegati;

VISTO il ricorso per motivi aggiunti, depositato il 6 maggio 2004;

VISTO l'atto di costituzione in giudizio della GREENLINE ITALIA S.r.l.;

VISTA la domanda di sospensione dei provvedimenti impugnati, proposta in via incidentale dalla società ricorrente;

VISTA l'istanza di regolamento di competenza della società controinteressata;

VISTA l'ordinanza del T.A.R. Campania – Sede di Salerno n. 56/04 del 6 maggio 2004, recante rigetto dell'istanza cautelare ed ordine di trasmissione del fascicolo al T.A.R. Lombardia – Sede di Milano;

VISTI gli atti di costituzione della ricorrente e della controinteressata dinanzi al T.A.R. Lombardia – Sede di Milano;

VISTO l'atto di notificazione di causa interruttiva del processo, notificato ad opera dei difensori della GREENLINE ITALIA S.r.l.;

VISTA l'ordinanza di questo Tribunale n. 21/08 del 31 gennaio 2008, con cui è stata dichiarata l'interruzione del giudizio;

VISTO il ricorso in riassunzione, depositato dalla ricorrente il 26 marzo 2008;

VISTI tutti gli atti della causa;

NOMINATO relatore alla pubblica udienza del 4 dicembre 2008 il Referendario dr. Pietro De Berardinis ed udito lo stesso;

UDITI, altresì, i difensori presenti delle parti costituite, come da verbale;

RITENUTO in fatto e considerato in diritto quanto segue

FATTO

La ricorrente, Edil Più S.n.c., espone che con deliberazione della Giunta Comunale n. 347 del 23 dicembre 2003, il Comune di Castiglione Olona ha indetto un'asta pubblica per l'affidamento dei lavori di ampliamento della scuola elementare di via Salvo D'Acquisto, approvando contemporaneamente il relativo bando, nonché il disciplinare di gara.

Quest'ultimo tra l'altro prevedeva:

- che, a pena di esclusione, tra la documentazione i concorrenti presentassero la polizza assicurativa in originale relativa alla cauzione provvisoria;
- che, sempre a pena di esclusione, le dichiarazioni di cui alle lett. *b)* e *c)* del punto n. 3 del parag. 1 del predetto disciplinare, nonché le dichiarazioni di cui alle lett. *b)* e *c)* dell'art. 75, comma 1, del d.P.R. n. 554/1999, fossero rese pure dai soggetti previsti da tale ultima disposizione.

Il bando specificava, quale termine ultimo per la presentazione delle offerte, le ore 12.00 del 4 febbraio 2004, mentre la seduta pubblica di gara si sarebbe svolta il 5 febbraio 2004.

In esito alla gara risultava aggiudicataria provvisoria l'A.T.I. con capogruppo la GREENLINE ITALIA S.r.l., mentre l'esponente si classificava seconda.

Con successiva determinazione n. 162 del 26 febbraio 2004 il Responsabile del Servizio Lavori Pubblici del Comune provvedeva all'aggiudicazione definitiva in favore dell'A.T.I. già risultata aggiudicataria provvisoria.

L'esponente lamenta, però, che l'aggiudicataria avrebbe allegato non l'originale, ma solo una fotocopia autenticata della polizza assicurativa relativa alla cauzione provvisoria, e che, peraltro, detta copia sarebbe incompleta e non riporterebbe la sottoscrizione del soggetto obbligato.

Inoltre, le dichiarazioni sostitutive di cui alle lett. *b)* e *c)* del punto n. 3 del parag. 1 del disciplinare, nonché quelle di cui alle lett. *b)* e *c)* dell'art. 75, comma 1, del

d.P.R. n. 554/1999 non sarebbero state rese anche dai soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, come prescritto dal disciplinare stesso.

Pertanto, la Edil Più S.n.c. ha impugnato dinanzi al T.A.R. per la Campania – sede di Salerno l'aggiudicazione, nonché gli altri atti elencati in epigrafe, chiedendone l'annullamento, previa sospensione.

A supporto del gravame ha dedotto le doglianze di:

- violazione del bando e del disciplinare di gara, violazione dell'art. 30 della l. n. 109/1994 (in relazione all'art. 10, comma 1-*quater*, della stessa legge) e dell'art. 100 del d.P.R. n. 554/1999, eccesso di potere per difetto assoluto dei presupposti, difetto ed erroneità della motivazione, carenza di istruttoria, illogicità, perplessità e sviamento, violazione del principio della *par condicio* tra concorrenti, in quanto la controinteressata avrebbe presentato nei termini una fotocopia (peraltro soltanto parziale) della polizza assicurativa, resa conforme all'originale (prescritto a pena di esclusione), depositando l'originale stesso oltre il termine di gara;

- violazione dell'art. 30 della l. n. 109/1994 e dell'art. 100 del d.P.R. n. 554/1999 in relazione agli artt. 1321 e ss. cc., violazione del bando e del disciplinare di gara, eccesso di potere per difetto assoluto dei presupposti, difetto ed erroneità della motivazione, carenza di istruttoria, illogicità, perplessità e sviamento, in quanto la fotocopia della polizza allegata agli atti di gara risulterebbe non sottoscritta dalla GREENLINE ITALIA quale soggetto obbligato;

- violazione degli artt. 18 e 19 del d.P.R. n. 445/2000, violazione del bando e del disciplinare di gara, eccesso di potere per difetto assoluto dei presupposti, nonché erroneità della motivazione e carenza di istruttoria, in quanto l'aggiudicataria non avrebbe potuto utilizzare, per l'autenticazione della copia della polizza, il sistema previsto dall'art. 19 del d.P.R. n. 445/2000;

- violazione dell'art. 75 del d.P.R. n. 554/1999, violazione di bando e disciplinare di gara, eccesso di potere per difetto assoluto dei presupposti, difetto ed erroneità della motivazione, carenza di istruttoria, illogicità, perplessità e sviamento, perché ai sensi del disciplinare di gara, la controinteressata avrebbe dovuto presentare le dichiarazioni sostitutive di cui al punto n. 6 del medesimo disciplinare rese anche dagli amministratori in carica nel triennio precedente al bando.

Si è costituita in giudizio la GREENLINE ITALIA S.r.l., in proprio ed in veste di mandataria dell'A.T.I. tra detta società, la IM.CO.SAV. e la LAURIDIA S.r.l., formulando istanza di regolamento di competenza ed indicando quale Tribunale territorialmente competente il T.A.R. per la Lombardia – Sede di Milano.

Il Comune di Castiglione Olona, sebbene notificato, non si è costituito in giudizio. Con ricorso per motivi aggiunti depositato il 6 maggio 2004 la Edil Più S.n.c. ha formulato la seguente ulteriore doglianza:

- violazione del bando e del disciplinare di gara, violazione degli artt. 18, 19 e 75 del d.P.R. n. 445/2000, dell'art. 30 della l. n. 109/1994 (in relazione all'art. 10, comma 1-*quater* della stessa legge) e dell'art. 100 del d.P.R. n. 554/1999, eccesso di potere per difetto assoluto dei presupposti, abnormità, perplessità e sviamento,

nonché violazione del principio della *par condicio* tra concorrenti, poiché la copia della polizza fidejussoria allegata alla documentazione di gara sarebbe diversa in modo macroscopico rispetto all'originale tardivamente depositato.

Nella Camera di Consiglio del 6 maggio 2004, il Collegio, preso atto dell'adesione prestata dalla ricorrente all'istanza di regolamento di competenza e ritenuto che, nelle more dell'invio degli atti al T.A.R. Lombardia, non sussistesse il *periculum in mora*, con ordinanza n. 56/04 ha respinto l'istanza di sospensione, disponendo la trasmissione del fascicolo al T.A.R. Lombardia – Sede di Milano.

Con atti, rispettivamente, del 17 giugno e del 3 giugno 2004 la società ricorrente e la controinteressata si sono costituite in giudizio dinanzi a questo Tribunale.

In data 21 gennaio 2008 i difensori della controinteressata hanno depositato atto di notificazione (effettuata il 19 dicembre 2007) di causa interruttiva del processo, ex artt. 24 della l. n. 1034/1971 e 300 c.p.c., tale causa interruttiva essendo costituita dall'intervenuto fallimento della GREENLINE ITALIA S.r.l.

Nella Camera di Consiglio del 31 gennaio 2008 il Collegio, preso atto (anche dalla documentazione depositata in giudizio) del fallimento della GREENLINE ITALIA S.r.l., con ordinanza n. 21/08 ha dichiarato l'interruzione del giudizio.

Con ricorso in riassunzione depositato in data 26 marzo 2008 la Edil Più S.n.c. ha provveduto a riassumere il giudizio.

In vista dell'udienza di merito, la ricorrente ha depositato una memoria conclusiva e dei documenti.

All'udienza del 4 dicembre 2008 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

La società ricorrente impugna gli atti con cui il Comune di Castiglione Olona ha aggiudicato alla controinteressata i lavori di ampliamento della scuola elementare di via Salvo D'Acquisto.

Con il primo motivo di ricorso si duole della mancata esclusione dalla gara della controinteressata per non aver quest'ultima depositato nei termini l'originale della polizza assicurativa relativa alla cauzione provvisoria prevista dall'art. 30 della l. n. 109/1994.

Ed invero – sottolinea la ricorrente – l'esigenza di certezza dell'escussione della cauzione, che può essere soddisfatta soltanto con l'allegazione dell'originale della polizza assicurativa, già di per sé comporterebbe l'esclusione dalla gara qualora il suddetto originale non sia tra la documentazione di gara. E ciò tanto più varrebbe nel caso di specie, in cui il disciplinare di gara prevedeva, a pena di esclusione, la allegazione nella busta "A – Documentazione" dell'originale della polizza relativa alla cauzione provvisoria (v. il punto n. 5 del parag. 1 del disciplinare).

Né avrebbe alcun valore il successivo deposito dell'originale, in quanto avvenuto oltre il termine ultimo assegnato dalla stazione appaltante.

Per di più la controinteressata (che, avendo depositato una copia conforme, doveva già essere in possesso dell'originale e quindi era tenuta comunque a depositarlo, a pena, in caso contrario di violazione del principio di *par condicio* tra i concorrenti)

avrebbe depositato una fotocopia incompleta e che non contiene la sottoscrizione del titolo da parte del soggetto obbligato.

La doglianza deve essere condivisa.

Ed infatti, contrariamente all'avviso della controinteressata, il disciplinare di gara non solo prescriveva l'allegazione della cauzione in originale, ma sanzionava in modo esplicito il mancato rispetto di tale prescrizione con l'esclusione dalla gara. Ciò si ricava dalla lettura del parag. 1 del suddetto disciplinare, avente ad oggetto le modalità di presentazione delle offerte e i criteri di ammissibilità delle stesse, lì dove vengono elencati i documenti che devono essere contenuti, a pena – dispone espressamente il disciplinare – di esclusione dalla gara, nella busta “A”, ossia la busta contenente la documentazione di gara (mentre la busta “B” è quella relativa all'offerta economica).

Nell'elenco di documenti prescritti a pena di esclusione figura infatti, al punto n. 5, la quietanza del versamento, oppure la fideiussione bancaria, oppure la polizza assicurativa, o ancora la polizza rilasciata da un intermediario finanziario iscritto nell'elenco speciale *ex art. 107 del d.lgs. n. 385/1993, “in originale relativa alla cauzione provvisoria di cui al punto III.1.1) del bando di gara”*.

È evidente che, a fronte di una specifica previsione del disciplinare (peraltro non contestata in alcun modo dalla controinteressata), il mancato soddisfacimento nei termini del suindicato onere di produzione del documento in originale, una volta accertato, non poteva che implicare l'esclusione della medesima controinteressata dalla gara.

Né in contrario possono avere alcun rilievo le argomentazioni di quest'ultima, che si incentrano sul tempestivo deposito di una copia-fax della polizza, seguito dalla successiva regolarizzazione, con il deposito dell'originale dopo la scadenza del 4 febbraio 2004, ma prima dell'inizio delle operazioni di gara.

In proposito, infatti, va condivisa l'osservazione della ricorrente, secondo cui alla data del 4 febbraio 2004 la GREENLINE ITALIA doveva già essere in possesso dell'originale della polizza (avendo depositato una copia conforme della stessa) e perciò a tale data doveva depositare il suddetto originale, a pena, in caso contrario, di violare tra l'altro il principio della *par condicio competitorum* rispetto agli altri concorrenti che hanno rispettato la prescrizione del bando.

Come recentemente affermato dal Consiglio di Stato in una vicenda per molti versi analoga a quella in esame, un documento prodotto in copia informale nell'ambito di una procedura di gara in cui risulta stabilita la produzione in originale o in copia autentica, è semplicemente un documento non prodotto, senza che sia possibile per la stazione appaltante indagare sulle ragioni di una simile difformità nei confronti del paradigma prefigurato, ed a fronte della mancata impugnazione della clausola di gara che prescriveva siffatta formalità: clausola che, perciò, è indubbio dovesse essere osservata (C.d.S., Sez. V, 31 ottobre 2008, n. 5458).

La conclusione ora esposta – che va condivisa – va ritenuta senz'altro applicabile anche al caso oggetto del gravame, relativo alla produzione di un documento in copia conforme, anziché in originale (come prescritto in via esclusiva).

Si è osservato al riguardo che una tale conclusione non muta neppure a fronte della successiva (e tardiva) produzione dell'originale del documento.

Invero, la produzione postuma di un documento non ha mai l'effetto di sanare in via retroattiva la causa di esclusione, in quanto altrimenti si darebbe luogo ad una non consentita disapplicazione di regole dettate a garanzia dell'imparzialità della procedura e si snaturerebbe la stessa fisionomia delle pubbliche gare (C.d.S., Sez. V, n. 5458/2008, cit.).

Come infatti già osservato, il documento difforme dal paradigma prefigurato dalle regole di gara è un documento non prodotto, senza che siano indagabili le ragioni della difformità.

In ciò non si annida una concezione formalistica dell'esercizio dei poteri pubblici, giacché è proprio la particolare struttura dei procedimenti concorsuali ad impedire di accedere ad un'impostazione partecipativa dell'azione amministrativa, tanto è vero che in simili casi non sono esperibili né il rimedio dell'integrazione – che non si dà nell'ipotesi di documentazione mancante – né quello dell'acquisizione in via ufficiale tra Amministrazioni, che non opera nei procedimenti concorsuali, poiché in questi l'onere di provare il possesso dei requisiti di partecipazione grava sulla parte (C.d.S., Sez V, n. 5458/2008 cit.).

Se ne desume la fondatezza dell'ora visto motivo di ricorso.

Conseguentemente, deve essere accolto anche il quarto motivo, con cui si lamenta che la controinteressata non ha allegato le dichiarazioni sostitutive di cui alle lett. *b)* e *c)* del punto n. 3 del paragrafo 1 del disciplinare, nonché quelle di cui alle lett. *b)* e *c)* dell'art. 75, comma 1, del d.P.R. n. 554/1999, rese altresì dai soggetti indicati dal medesimo art. 75, comma 1, lett. *b)* e *c)*, ossia dagli amministratori in carica nel triennio precedente il bando, come invece dettato, sempre a pena di esclusione, dal punto n. 6 del paragrafo 1 del disciplinare di gara.

Pure a questo proposito, infatti, vale quanto si è ora esposto a dimostrazione della fondatezza del primo motivo di ricorso, trattandosi anche qui dell'inosservanza di un onere, sanzionata dal disciplinare (cui, sullo specifico punto, fa rinvio il paragrafo III.2.1.1) del bando) con l'esclusione dalla gara.

È perciò irrilevante sostenere, come fa la GREENLINE ITALIA S.r.l., che né l'art. 75 cit., né il bando di gara, né la modulistica ad esso allegata prevedano il rilascio delle dichiarazioni in parola da parte dei soggetti cessati dalle cariche nel triennio precedente al bando stesso.

In merito poi all'obiezione di illogicità della previsione del disciplinare, anche in questo caso si deve dar risalto all'omessa impugnazione della clausola di gara che prescriveva la suindicata formalità: ne deriva la necessità, per la controinteressata, di prestare osservanza alla clausola in discorso.

Si può prescindere dall'esame del terzo motivo di ricorso (considerato il carattere eminentemente formale del rilievo con esso formulato), nonché del motivo dedotto nel ricorso per motivi aggiunti, che sostanzialmente ripropone censure contenute nel primo, nel secondo e nel quarto motivo del ricorso originario.

Un accenno merita invece il secondo motivo del ricorso originario, con il quale si lamenta che la copia della polizza assicurativa allegata dalla controinteressata alla propria offerta sarebbe incompleta e sfornita della firma del soggetto obbligato (a differenza dell'originale tardivamente prodotto).

Invero, dal raffronto tra l'esemplare della copia della polizza prodotto dalla società ricorrente (all. n. 6 al ricorso) e quello prodotto dalla controinteressata (doc. n. 3), si ricava che la Edil Più S.n.c. è incorsa in un grosso equivoco, sulla base del quale ha infondatamente affermato che la polizza sarebbe incompleta e priva della firma di una delle parti del contratto.

L'equivoco consiste nel fatto che l'esemplare della copia della polizza in possesso della ricorrente manca di una pagina e precisamente della pagina del contratto (che invece è presente nell'esemplare della GREENLINE ITALIA S.r.l.) dove risultano apposte le sottoscrizioni al contratto-base di ambedue le parti contrattuali.

Peraltro, poiché la ricorrente stessa afferma nei motivi aggiunti di avere ricevuto dal Comune di Castiglione Olona i documenti depositati in giudizio, ciò potrebbe spiegare l'equivoco, risolvendosi il tutto in una trasmissione incompleta dei citati documenti da parte dell'Amministrazione comunale e non essendovi alcun indizio di una sottoscrizione postuma dell'esemplare della polizza depositato dalla società controinteressata.

Se ne deduce l'infondatezza, per questo verso, del motivo in esame.

A conclusione diversa deve invece pervenirsi per quanto concerne l'appendice del contratto (che forma parte integrante di questo) recante le "*condizioni particolari*" della garanzia, in quanto la copia della polizza versata in atti dalla ricorrente reca stavolta la pagina contenente le "*condizioni particolari*" epperò in detta pagina si rinviene solo la sottoscrizione dell'impresa assicuratrice e non quella del soggetto obbligato.

Sotto questo aspetto, pertanto, la doglianza sarebbe fondata, né in contrario si può richiamare la circostanza che l'esemplare della pagina in discorso depositato dalla controinteressata risulta sottoscritto da ambedue i contraenti, poiché stavolta vi è il dubbio di una sottoscrizione postuma da parte del soggetto obbligato. Senonché, la conseguenza è solo quella di dover espungere dal testo della polizza le "*condizioni particolari*" ad essa aggiunte, ferma restando, però, l'esistenza della polizza stessa e la sua sottoscrizione – almeno quanto al contratto-base – ad opera di ambedue le parti: donde l'inammissibilità, per tal verso, della censura in esame, non ricavando alcun beneficio la ricorrente dal suo accoglimento.

In definitiva, il gravame è fondato, in virtù della fondatezza del primo e del quarto motivo del ricorso originario e con assorbimento del terzo e di quello avanzato con il ricorso per motivi aggiunti.

Per l'effetto, va disposto l'annullamento degli atti e provvedimenti gravati.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sede di Milano, Sezione Terza, così definitivamente pronunciando sul ricorso originario, nonché su quello per motivi aggiunti indicati in epigrafe, li accoglie.

Condanna le parti soccombenti al pagamento di spese ed onorari di causa, che in via liquida forfettaria in complessivi € 2.000,00 (duemila/00), più I.V.A. e C.P.A. come per legge.

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

Così deciso in Milano, nella Camera di Consiglio del 4 dicembre 2008, con l'intervento dei signori magistrati:

DOMENICO GIORDANO Presidente

PIETRO DE BERARDINIS Giudice, estensore

RAFFAELLO GISONDI Giudice