

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 29/07/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29904-e-pacifico-perch-ammesso-dalla-stessa-ricorrente-che-la-firma-digitale-apposta-sulla-polizza-relativa-alla-cauzione-provvisoria-di-cui-al-punto-9-del-bando-di-gara-stata-trasmessa-sprovvisa-dell>

Autore: Lazzini Sonia

E' pacifico, perché ammesso dalla stessa ricorrente, che la firma digitale apposta sulla polizza relativa alla cauzione provvisoria di cui al punto 9) del bando di gara è stata trasmessa sprovvista dell'annessa autentica

Tar Lazio, Roma, 01.07.2010 n. 22062

F' pacifico, perché ammesso dalla stessa ricorrente, che la firma digitale apposta sulla polizza relativa alla cauzione provvisoria di cui al punto 9) del bando di gara è stata trasmessa sprovvista dell'annessa autentica.

Viene, all'evidenza, come sia erroneo il presupposto – l'autentica non è richiesta a pena di esclusione – da cui la ricorrente fa discendere le proprie argomentazioni difensive per evidenziare il comportamento illegittimo della Commissione di gara che, invece, ha doverosamente disposto l'esclusione in presenza di una espressa comminatoria in tal senso nella lex specialis, quale diretta conseguenza del mancato rispetto di puntuale ed inequivoca prescrizione.

i formalismi richiesti espressamente e tassativamente dalle prescrizioni di gara costituiscono lo strumento tipico con il quale si rende trasparente, tramite procedimentalizzazione, la discrezionalità amministrativa e si pongono tutti i concorrenti sullo stesso piano partecipativo, richiedendo loro un eguale impegno di diligenza, attenzione e rispetto verso le clausole dei bandi e dei capitolati.

Non occorre, allora, interrogarsi sulla ratio della clausola, come affermato dalla parte ricorrente, che richiede l'autentica della firma digitale apposta sulla polizza fideiussoria, ovvero se essa abbia una valenza sostanziale o solo formale, in quanto, in presenza di una espressa comminatoria di esclusione della domanda di partecipazione alla gara, in conseguenza del mancato rispetto della sopra indicata prescrizione, non è consentito al giudice amministrativo di sovrapporre le proprie valutazioni a quelle dell'amministrazione, dato che il cd. criterio teleologico ha un valore esclusivamente suppletivo rispetto a quello formale, nel senso che può essere utilizzato solo nel caso in cui una determinata formalità non sia prevista espressamente a pena di esclusione

La società Appalti Ricorrente S.r.l. impugna il provvedimento con cui la società Aeroporti di Roma ha disposto la sua esclusione dalla gara indetta per l'esecuzione dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria di natura civile degli edifici e delle infrastrutture aeroportuali siti nell'aeroporto "Leonardo da Vinci" di Fiumicino – Lotto A, avendo la Commissione di gara riscontrato la mancanza dell'autenticazione notarile della firma digitale apposta sulla polizza fideiussoria relativa alla cauzione provvisoria contenente l'impegno al rilascio della cauzione definitiva.

Si è, pertanto, affidata ai seguenti profili di illegittimità:

1) Violazione e falsa applicazione del punto 9) del bando e 5) del disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 97, Cost., e falsa applicazione dell'art. 75 del d.lgs. 163/2006; violazione del principio generale di massima partecipazione ai procedimenti di gara e del principio di non aggravamento del procedimento amministrativo; eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche ed in particolare per erroneità, travisamento dei fatti, sviamento, contraddittorietà, illogicità, irrazionalità, irragionevolezza ed ingiustizia manifesta dell'azione amministrativa, difetto di istruttoria e di motivazione, violazione dei principi di proporzionalità, di massima partecipazione alle gare, di buon andamento ed economicità dell'azione amministrativa; illogicità manifesta; difetto di istruttoria.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 97, Cost., del principio generale di buon andamento della pubblica amministrazione; dell'art. 6, lett. b), della legge n. 241/1990 e del principio di non aggravamento dei procedimenti amministrativi; dell'art. 46, d.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per erroneità dei presupposti, irragionevolezza ed illogicità, violazione dei criteri di stretta interpretazione delle clausole di esclusione dalle gare e del principio di parità di trattamento.

3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 75 del d.lgs. 163/2006; eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche ed in particolare per erroneità e travisamento dei fatti, sviamento, contraddittorietà, illogicità, irrazionalità, irragionevolezza ed ingiustizia manifesta dell'azione amministrativa, violazione dei principi di proporzionalità, di non aggravamento del procedimento amministrativo, con riferimento al punto 9) del bando di gara e al paragrafo 2, punto 5) del disciplinare limitatamente alla parte in cui

richiede l'autenticazione della firma digitale apposta sulla certificazione di cauzione provvisoria e sulla dichiarazione d'impegno a rilasciare la cauzione definitiva.

Con motivi aggiunti depositati in data 28 ottobre 2009, la ricorrente ha impugnato, altresì, la comunicazione formale in data 16 ottobre 2009 di esclusione dalla gara, estendendo anche avverso il detto atto adottato in pendenza di giudizio i motivi già dedotti con l'atto introduttivo.

Conclude la ricorrente chiedendo, in accoglimento degli esposti mezzi di censura l'annullamento della disposta esclusione, e la condanna dalla stazione appaltante alla reintegrazione in forma specifica, mediante l'aggiudicazione dei lavori, ovvero, in subordine, la condanna al risarcimento del danno per equivalente, nella misura risultante dal danno emergente (spese sostenute) e dal mancato utile, tenuto conto che, ove non esclusa illegittimamente dalla gara, sarebbe risultata aggiudicataria, avendo offerto un ribasso del 42,444%.

Si è costituita in giudizio la società Aeroporti di Roma S.p.a. per resistere al ricorso di cui ha eccepito l'infondatezza.

Si è costituita, altresì, la società CONTROINTERESSATA Appalti S.r.l., aggiudicataria della gara in controversia, che ha eccepito l'inammissibilità dei motivi aggiunti, con conseguente inammissibilità del ricorso introduttivo, in quanto notificati alla controinteressata presso la sede della società e non alla medesima parte presso l'avvocato costituito con atto depositato in data 22 ottobre 2009, ritenendo non sanabile la eccepita erroneità dalla costituzione in giudizio, che, in parte qua, è limitata alla proposizione di specifica eccezione sul punto; nel merito dei motivi di ricorso, ne ha eccepito, comunque, l'infondatezza.

Con ordinanza n. 5310/09 del 12 novembre 2009 l'adito Tribunale ha respinto l'istanza cautelare, incidentalmente presentata, alla stregua della seguente motivazione: "CONSIDERATO che il contratto relativo all'affidamento dell'appalto in controversia è stato stipulato in data 5 novembre u.s.; CONSIDERATO, comunque, che alla sommaria deliberazione propria della fase cautelare, non appare illegittima l'impugnata esclusione sulla base di chiara ed inequivocabile norma della lex specialis (p. 9 del bando di gara, e p. 8 del disciplinare di gara) essendo pacifico, in punto di fatto, che la cauzione provvisoria allegata all'offerta di parte ricorrente era priva della autentica con firma digitale del Notaio;".

Il Consiglio di Stato, Sesta Sezione, con ordinanza n. 6210/2009 del 15 dicembre 2009, ha ritenuto di trasmettere al giudice di primo grado la causa per la fissazione dell'udienza di merito, senza peraltro, motivare in merito.

Quindi, tutte le parti costituite hanno depositato scritti difensivi conclusivi, e alla pubblica udienza del 25 febbraio 2010 il Collegio ha trattenuto la causa a sentenza.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Oggetto del ricorso in esame è la gara per via telematica indetta, ai sensi degli artt. 77 e 253, comma 12, del d.lgs. 163 del 2006, dalla società Aeroporti di Roma per l'affidamento dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria di natura civile degli edifici e delle infrastrutture aeroportuali siti nell'aeroporto "Leonardo da Vinci" di Fiumicino – Lotto A.

Lamenta la ricorrente società Appalti Ricorrente S.r.l. l'illegittimità dell'esclusione dalla gara de qua: "in quanto la cauzione provvisoria e la dichiarazione di impegno a rilasciare la cauzione definitiva prodotte non sono autenticate digitalmente".

Ritiene il Collegio di poter prescindere dall'esame dell'eccezione di inammissibilità dei motivi aggiunti e, a cascata, del ricorso introduttivo, sollevata dalla difesa della società controinteressata CONTROINTERESSATA Appalti S.r.l., attesa la palese infondatezza del ricorso.

In ogni caso, è d'uopo osservare come le regole procedurali anche in tema di notificazione debbano essere pur sempre interpretate ed applicate alla luce del principio generale di cui all'art. 160 c.p.c., il quale, ferma restando la sacralità che in generale deve contraddistinguere gli atti del giudizio, impone al giudice di seguire un criterio esegetico sostanziale in tema di sanabilità degli atti processuali nulli; poiché, nel caso di specie, con i motivi aggiunti non sono stati dedotti nuovi profili di illegittimità, essendosi limitata la ricorrente ad impugnare l'atto formale di esclusione, estendendo anche a quest'ultimo atto intervenuto in corso di causa, per l'effetto, le già spiegate censure, ne discende che

ogni eventuale invalidità deve ritenersi sanata per effetto della costituzione in giudizio della società controinteressata e dello svolgimento di attività difensiva da parte di quest'ultima.

Tanto precisato in via pregiudiziale, e passando ad esaminare il merito delle censure, con il primo motivo lamenta la ricorrente l'illegittimità dell'esclusione comminata dal seggio di gara, assumendo che la formalità mancante – autenticazione della firma digitale della polizza fidejussoria – non avrebbe valore sostanziale, ma meramente formale, non attenendo al contenuto del documento, ma solo alla garanzia della sua provenienza, e dunque la stessa mancanza sarebbe inidonea di per sé, in assenza di esplicita previsione della disciplina di gara, a determinare l'effetto espulsivo, in ossequio al principio del favor participationis, e tenuto anche conto della desumibilità aliunde dell'effettiva apposizione dell'autentica, come ricavabile da altri documenti trasmessi al portale della stazione committente, quale il “visto per l'autentica della firma” dell'agente assicurativo.

Il motivo non ha pregio.

Intanto, in punto di fatto, è pacifico, perché ammesso dalla stessa ricorrente, che la firma digitale apposta sulla polizza relativa alla cauzione provvisoria di cui al punto 9) del bando di gara è stata trasmessa sprovvista dell'annessa autentica.

Il punto 9), ora richiamato, del bando di gara per procedura aperta gestita interamente in via telematica, intitolato “Cauzioni e garanzie richieste”, dispone, a proposito della cauzione provvisoria, che l'offerta dei concorrenti “deve essere corredata, a pena di esclusione, in sede di partecipazione alla gara, di una cauzione provvisoria di Euro 99.100,00, con firma digitale autenticata, e di durata pari ad almeno 180 giorni decorrenti dalla data di presentazione dell'offerta. Dovrà, inoltre, essere contestualmente prodotta, a pena di esclusione, una dichiarazione di un istituto bancario o di un intermediario finanziario o di una compagnia di assicurazione, con firma digitale autenticata, contenente l'impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione dell'appalto da parte dell'offerente, la garanzia fideiussoria definitiva di cui all'art. 113 del d.lgs. 163/2006; tale ultima dichiarazione potrà essere prodotta in unico documento con la cauzione provvisoria.”

Per i fini di rilievo nella controversia è utile riportare, altresì, quanto previsto con il disciplinare di gara, dove, al punto 2.5) è ribadito quanto richiesto dal punto 9) del bando di gara a proposito della cauzione, compresa la prescrizione della autentica con firma digitale da Notaio o da Pubblico Ufficiale, ed, al punto 8), tra i motivi di esclusione, è indicata la “cauzione provvisoria non presentata con le modalità di cui all'art. 2, punto 5 del presente disciplinare, ed in particolare non autenticata con firma digitale dal Notaio o da Pubblico Ufficiale”.

La chiarezza e non equivocità di tali disposizioni, anche ad una più meditata lettura, induce il Collegio a confermare quanto già affermato sul punto in sede cautelare con l'ordinanza n. n. 5310/09 sopra richiamata.

Viene, all'evidenza, come sia erroneo il presupposto – l'autentica non è richiesta a pena di esclusione – da cui la ricorrente fa discendere le proprie argomentazioni difensive per evidenziare il comportamento illegittimo della Commissione di gara che, invece, ha doverosamente disposto l'esclusione in presenza di una espressa comminatoria in tal senso nella lex specialis, quale diretta conseguenza del mancato rispetto di puntuale ed inequivoca prescrizione.

Sul punto, ritiene il Collegio che il provvedimento di espulsione da una gara d'appalto costituisce atto vincolato rispetto alla clausola del disciplinare di gara che indica le modalità di presentazione dei documenti a pena di esclusione, in quanto in sede di aggiudicazione di contratti con la Pubblica amministrazione, la stazione appaltante è tenuta ad applicare in modo rigoroso ed incondizionato le clausole inserite nella lex specialis relative ai requisiti, formali e sostanziali, di partecipazione ovvero alle cause di esclusione, in quanto il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure di gara, risponde, per un verso, ad esigenze pratiche di certezza e celerità e, per altro verso, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti.

In altri termini, i formalismi richiesti espressamente e tassativamente dalle prescrizioni di gara costituiscono lo strumento tipico con il quale si rende trasparente, tramite procedimentalizzazione, la discrezionalità amministrativa e si pongono tutti i concorrenti sullo stesso piano partecipativo, richiedendo loro un eguale impegno di diligenza, attenzione e rispetto verso le clausole dei bandi e dei capitolati.

Non occorre, allora, interrogarsi sulla ratio della clausola, come affermato dalla parte ricorrente, che richiede l'autentica della firma digitale apposta sulla polizza fideiussoria, ovvero se essa abbia una valenza sostanziale o solo formale, in quanto, in presenza di una espressa comminatoria di esclusione della domanda di partecipazione alla gara, in conseguenza del mancato rispetto della sopra indicata prescrizione, non è consentito al giudice amministrativo di sovrapporre le proprie valutazioni a quelle dell'amministrazione, dato che il cd. criterio teleologico ha un valore esclusivamente suppletivo rispetto a quello formale, nel senso che può essere utilizzato solo nel caso in cui una determinata formalità non sia prevista espressamente a pena di esclusione.

Con il secondo mezzo deduce la ricorrente l'omessa richiesta di regolarizzazione documentale, in conformità al generale principio del buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione, di cui è espressione anche l'art. 467 del d.lgs. 163 del 2006.

Se la rilevata omissione è stata sanzionata dalla espulsione della ricorrente dalla gara, in ossequio ad esplicita clausola, la stessa non può nemmeno essere considerata quale mera irregolarità formale, per ciò solo sanabile mediante integrazione documentale successiva.

Il motivo non può essere condiviso.

Sul punto la giurisprudenza amministrativa è concorde nel ritenere che la regolarizzazione documentale non può essere consentita nei casi in cui la mancata produzione sia espressamente sanzionata con l'esclusione da una regola della disciplina di gara univoca e vincolata nella sua applicazione, non essendo, in quest'ultima ipotesi, consentita la sanatoria o l'integrazione postuma che si tradurrebbero in una violazione dei termini massimi di presentazione dell'offerta e, in definitiva, in una violazione della "par condicio". (cfr. da ultimo, Cons. di Stato, Sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1038; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 23 giugno 2006, n. 5092)

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 22062 dell'1 luglio 2010 pronunciata dal Tar Lazio, Roma

N. 22062/2010 REG.SEN.
N. 08272/2009 REG.RIC.



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 per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8272 del 2009, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Società Appalti RICORRENTE Srl, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avv. ti Guido Cerreti e Raffaella di Tarsia di Belmonte,
presso il cui studio è domiciliata elettivamente in Roma, v.le Liegi, 34;

contro

la Società Aeroporti di Roma Spa, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avv. ti Paola Conio e Luca Leone, presso il cui studio è
domiciliata elettivamente in Roma, via Appennini, 46;

nei confronti di

Società CONTROINTERESSATA Appalti Srl, in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Michela Reggio D'Aci, presso il
cui studio è domiciliata elettivamente in Roma, viale del Vignola, 11;

per l'annullamento

- della determinazione comunicata a mezzo e-mail in data 22.09.2009, di esclusione dalla gara di appalto dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria di natura civile degli edifici e delle infrastrutture aeroportuali siti nell'Aeroporto Leonardo da Vinci di Fiumicino - lotto a;
- della determinazione comunicata a mezzo e-mail in data 24.09.2009, con cui è stata ribadita l'indicata esclusione;
- del verbale della commissione di gara del 22 settembre 2009;
- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria e definitiva, non conosciuto, in favore della LGR Appalti srl;
- in subordine, del bando di gara, relativamente al punto 9), e del disciplinare di gara relativamente al paragrafo 2, punto 5), in parte qua;
- della comunicazione formale in data 16 ottobre 2009, rif. A 006999, di esclusione dalla gara sopra indicata;

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Soc. Aeroporti di Roma S.p.a. e della Soc. Lgr Appalti S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 febbraio 2010 il Cons. Donatella Scala e uditi, altresì, l'avv. Ferrante, su delega dell'avv. Cerreti, per la ricorrente, l'avv. Conio per la resistente società Aeroporti di Roma S.p.a., e l'avv. Reggio d'Acì per la società controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La società Appalti Ricorrente S.r.l. impugna il provvedimento con cui la società Aeroporti di Roma ha disposto la sua esclusione dalla gara indetta per l'esecuzione dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria di natura civile degli edifici e delle infrastrutture aeroportuali siti nell'aeroporto "Leonardo da Vinci" di Fiumicino – Lotto A, avendo la Commissione di gara riscontrato la mancanza dell'autenticazione notarile della firma digitale apposta sulla polizza fideiussoria relativa alla cauzione provvisoria contenente l'impegno al rilascio della cauzione definitiva.

Si è, pertanto, affidata ai seguenti profili di illegittimità:

1) Violazione e falsa applicazione del punto 9) del bando e 5) del disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 97, Cost., e falsa applicazione dell'art. 75 del d.lgs. 163/2006; violazione del principio generale di massima partecipazione ai procedimenti di gara e del principio di non aggravamento del procedimento amministrativo; eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche ed in particolare per erroneità, travisamento dei fatti, sviamento, contraddittorietà,

illogicità, irrazionalità, irragionevolezza ed ingiustizia manifesta dell'azione amministrativa, difetto di istruttoria e di motivazione, violazione dei principi di proporzionalità, di massima partecipazione alle gare, di buon andamento ed economicità dell'azione amministrativa; illogicità manifesta; difetto di istruttoria.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 97, Cost., del principio generale di buon andamento della pubblica amministrazione; dell'art. 6, lett. b), della legge n. 241/1990 e del principio di non aggravamento dei procedimenti amministrativi; dell'art. 46, d.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per erroneità dei presupposti, irragionevolezza ed illogicità, violazione dei criteri di stretta interpretazione delle clausole di esclusione dalle gare e del principio di parità di trattamento.

3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 75 del d.lgs. 163/2006; eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche ed in particolare per erroneità e travisamento dei fatti, sviamento, contraddittorietà, illogicità, irrazionalità, irragionevolezza ed ingiustizia manifesta dell'azione amministrativa, violazione dei principi di proporzionalità, di non aggravamento del procedimento amministrativo, con riferimento al punto 9) del bando di gara e al paragrafo 2, punto 5) del disciplinare limitatamente alla parte in cui richiede l'autenticazione della firma digitale apposta sulla certificazione di cauzione provvisoria e sulla dichiarazione d'impegno a rilasciare la cauzione definitiva.

Con motivi aggiunti depositati in data 28 ottobre 2009, la ricorrente ha impugnato, altresì, la comunicazione formale in data 16 ottobre 2009 di esclusione dalla gara, estendendo anche avverso il detto atto adottato in pendenza di giudizio i motivi già dedotti con l'atto introduttivo.

Conclude la ricorrente chiedendo, in accoglimento degli esposti mezzi di censura l'annullamento della disposta esclusione, e la condanna della stazione appaltante alla reintegrazione in forma specifica, mediante l'aggiudicazione dei lavori, ovvero, in subordine, la condanna al risarcimento del danno per equivalente, nella misura

risultante dal danno emergente (spese sostenute) e dal mancato utile, tenuto conto che, ove non esclusa illegittimamente dalla gara, sarebbe risultata aggiudicataria, avendo offerto un ribasso del 42,444%.

Si è costituita in giudizio la società Aeroporti di Roma S.p.a. per resistere al ricorso di cui ha eccepito l'infondatezza.

Si è costituita, altresì, la società CONTROINTERESSATA Appalti S.r.l., aggiudicataria della gara in controversia, che ha eccepito l'inammissibilità dei motivi aggiunti, con conseguente inammissibilità del ricorso introduttivo, in quanto notificati alla controinteressata presso la sede della società e non alla medesima parte presso l'avvocato costituito con atto depositato in data 22 ottobre 2009, ritenendo non sanabile la eccepita erroneità dalla costituzione in giudizio, che, in parte qua, è limitata alla proposizione di specifica eccezione sul punto; nel merito dei motivi di ricorso, ne ha eccepito, comunque, l'infondatezza.

Con ordinanza n. 5310/09 del 12 novembre 2009 l'adito Tribunale ha respinto l'istanza cautelare, incidentalmente presentata, alla stregua della seguente motivazione: "CONSIDERATO che il contratto relativo all'affidamento dell'appalto in controversia è stato stipulato in data 5 novembre u.s.; CONSIDERATO, comunque, che alla sommaria delibazione propria della fase cautelare, non appare illegittima l'impugnata esclusione sulla base di chiara ed inequivocabile norma della lex specialis (p. 9 del bando di gara, e p. 8 del disciplinare di gara) essendo pacifico, in punto di fatto, che la cauzione provvisoria allegata all'offerta di parte ricorrente era priva della autentica con firma digitale del Notaio;".

Il Consiglio di Stato, Sesta Sezione, con ordinanza n. 6210/2009 del 15 dicembre 2009, ha ritenuto di trasmettere al giudice di primo grado la causa per la fissazione dell'udienza di merito, senza peraltro, motivare in merito.

Quindi, tutte le parti costituite hanno depositato scritti difensivi conclusivi, e alla pubblica udienza del 25 febbraio 2010 il Collegio ha trattenuto la causa a sentenza.

DIRITTO

Oggetto del ricorso in esame è la gara per via telematica indetta, ai sensi degli artt. 77 e 253, comma 12, del d.lgs. 163 del 2006, dalla società Aeroporti di Roma per l'affidamento dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria di natura civile degli edifici e delle infrastrutture aeroportuali siti nell'aeroporto "Leonardo da Vinci" di Fiumicino – Lotto A.

Lamenta la ricorrente società Appalti Ricorrente S.r.l. l'illegittimità dell'esclusione dalla gara de qua: *"in quanto la cauzione provvisoria e la dichiarazione di impegno a rilasciare la cauzione definitiva prodotte non sono autenticate digitalmente"*.

Ritiene il Collegio di poter prescindere dall'esame dell'eccezione di inammissibilità dei motivi aggiunti e, a cascata, del ricorso introduttivo, sollevata dalla difesa della società controinteressata CONTROINTERESSATA Appalti S.r.l., attesa la palese infondatezza del ricorso.

In ogni caso, è d'uopo osservare come le regole procedurali anche in tema di notificazione debbano essere pur sempre interpretate ed applicate alla luce del principio generale di cui all'art. 160 c.p.c., il quale, ferma restando la sacralità che in generale deve contraddistinguere gli atti del giudizio, impone al giudice di seguire un criterio esegetico sostanziale in tema di sanabilità degli atti processuali nulli; poiché, nel caso di specie, con i motivi aggiunti non sono stati dedotti nuovi profili di illegittimità, essendosi limitata la ricorrente ad impugnare l'atto formale di esclusione, estendendo anche a quest'ultimo atto intervenuto in corso di causa, per l'effetto, le già spiegate censure, ne discende che ogni eventuale invalidità deve ritenersi sanata per effetto della costituzione in giudizio della società controinteressata e dello svolgimento di attività difensiva da parte di quest'ultima.

Tanto precisato in via pregiudiziale, e passando ad esaminare il merito delle censure, con il primo motivo lamenta la ricorrente l'illegittimità dell'esclusione comminata dal seggio di gara, assumendo che la formalità mancante – autenticazione della firma digitale della polizza fidejussoria – non avrebbe valore sostanziale, ma meramente formale, non attenendo al contenuto del documento, ma solo alla garanzia della sua provenienza, e dunque la stessa mancanza sarebbe inidonea di per sé, in assenza di esplicita previsione della disciplina di gara, a determinare l'effetto espulsivo, in ossequio al principio del favor participationis, e tenuto anche conto della desumibilità *aliunde* dell'effettiva apposizione dell'autentica, come ricavabile da altri documenti trasmessi al portale della stazione committente, quale il “visto per l'autentica della firma” dell'agente assicurativo.

Il motivo non ha pregio.

Intanto, in punto di fatto, è pacifico, perché ammesso dalla stessa ricorrente, che la firma digitale apposta sulla polizza relativa alla cauzione provvisoria di cui al punto 9) del bando di gara è stata trasmessa sprovvista dell'annessa autentica.

Il punto 9), ora richiamato, del bando di gara per procedura aperta gestita interamente in via telematica, intitolato “*Cauzioni e garanzie richieste*”, dispone, a proposito della cauzione provvisoria, che l'offerta dei concorrenti “*deve essere corredata, a pena di esclusione, in sede di partecipazione alla gara, di una cauzione provvisoria di Euro 99.100,00, con firma digitale autenticata, e di durata pari ad almeno 180 giorni decorrenti dalla data di presentazione dell'offerta. Dovrà, inoltre, essere contestualmente prodotta, a pena di esclusione, una dichiarazione di un istituto bancario o di un intermediario finanziario o di una compagnia di assicurazione, con firma digitale autenticata, contenente l'impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione dell'appalto da parte dell'offerente, la garanzia fideiussoria definitiva di cui all'art. 113 del d.lgs. 163/2006; tale ultima dichiarazione potrà essere prodotta in unico documento con la cauzione provvisoria.*”

Per i fini di rilievo nella controversia è utile riportare, altresì, quanto previsto con il disciplinare di gara, dove, al punto 2.5) è ribadito quanto richiesto dal punto 9) del bando di gara a proposito della cauzione, compresa la prescrizione della autentica con firma digitale da Notaio o da Pubblico Ufficiale, ed, al punto 8), tra i motivi di esclusione, è indicata la “*cauzione provvisoria non presentata con le modalità di cui all’art. 2, punto 5 del presente disciplinare, ed in particolare non autenticata con firma digitale dal Notaio o da Pubblico Ufficiale*”.

La chiarezza e non equivocità di tali disposizioni, anche ad una più meditata lettura, induce il Collegio a confermare quanto già affermato sul punto in sede cautelare con l’ordinanza n. n. 5310/09 sopra richiamata.

Viene, all’evidenza, come sia erroneo il presupposto – l’autentica non è richiesta a pena di esclusione – da cui la ricorrente fa discendere le proprie argomentazioni difensive per evidenziare il comportamento illegittimo della Commissione di gara che, invece, ha doverosamente disposto l’esclusione in presenza di una espressa comminatoria in tal senso nella lex specialis, quale diretta conseguenza del mancato rispetto di puntuale ed inequivoca prescrizione.

Sul punto, ritiene il Collegio che il provvedimento di espulsione da una gara d'appalto costituisce atto vincolato rispetto alla clausola del disciplinare di gara che indica le modalità di presentazione dei documenti a pena di esclusione, in quanto in sede di aggiudicazione di contratti con la Pubblica amministrazione, la stazione appaltante è tenuta ad applicare in modo rigoroso ed incondizionato le clausole inserite nella lex specialis relative ai requisiti, formali e sostanziali, di partecipazione ovvero alle cause di esclusione, in quanto il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure di gara, risponde, per un verso, ad esigenze pratiche di certezza e celerità e, per altro verso, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i ricorrenti.

In altri termini, i formalismi richiesti espressamente e tassativamente dalle prescrizioni di gara costituiscono lo strumento tipico con il quale si rende trasparente, tramite procedimentalizzazione, la discrezionalità amministrativa e si pongono tutti i concorrenti sullo stesso piano partecipativo, richiedendo loro un eguale impegno di diligenza, attenzione e rispetto verso le clausole dei bandi e dei capitolati.

Non occorre, allora, interrogarsi sulla *ratio* della clausola, come affermato dalla parte ricorrente, che richiede l'autentica della firma digitale apposta sulla polizza fideiussoria, ovvero se essa abbia una valenza sostanziale o solo formale, in quanto, in presenza di una espressa comminatoria di esclusione della domanda di partecipazione alla gara, in conseguenza del mancato rispetto della sopra indicata prescrizione, non è consentito al giudice amministrativo di sovrapporre le proprie valutazioni a quelle dell'amministrazione, dato che il cd. criterio teleologico ha un valore esclusivamente suppletivo rispetto a quello formale, nel senso che può essere utilizzato solo nel caso in cui una determinata formalità non sia prevista espressamente a pena di esclusione.

Con il secondo mezzo deduce la ricorrente l'omessa richiesta di regolarizzazione documentale, in conformità al generale principio del buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione, di cui è espressione anche l'art. 467 del d.lgs. 163 del 2006.

Se la rilevata omissione è stata sanzionata dalla espulsione della ricorrente dalla gara, in ossequio ad esplicita clausola, la stessa non può nemmeno essere considerata quale mera irregolarità formale, per ciò solo sanabile mediante integrazione documentale successiva.

Il motivo non può essere condiviso.

Sul punto la giurisprudenza amministrativa è concorde nel ritenere che la regolarizzazione documentale non può essere consentita nei casi in cui la mancata produzione sia espressamente sanzionata con l'esclusione da una regola della

disciplina di gara univoca e vincolata nella sua applicazione, non essendo, in quest'ultima ipotesi, consentita la sanatoria o l'integrazione postuma che si tradurrebbero in una violazione dei termini massimi di presentazione dell'offerta e, in definitiva, in una violazione della "*par condicio*". (cfr. da ultimo, Cons. di Stato, Sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1038; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 23 giugno 2006, n. 5092)

In via gradata, la ricorrente, con il terzo motivo di ricorso, ha censurato la clausola della *lex* di gara che ha imposto alle partecipanti la formalità dell'autentica della firma digitale, che avrebbe imposto un ingiustificato aggravamento degli oneri incombenti al privato che partecipa al procedimento concorsuale, in assenza di un apprezzabile interesse pubblico.

Viene in rilievo l'art. 74, comma 5, del decreto legislativo n. 163 del 2006, che nel prevedere il principio di proporzionalità nel confezionamento delle regole di gara, stabilisce espressamente che la stazione appaltante può richiedere oltre agli elementi essenziali di cui al comma 2, "*gli altri elementi e documenti necessari o utili, nel rispetto del principio di proporzionalità in relazione all'oggetto del contratto e alle finalità dell'offerta.*"

L'Amministrazione procedente non può senz'altro aggravare la partecipazione dei concorrenti alla selezione, a meno che non motivi espressamente e specificamente circa le ragioni che impongono alle concorrenti la produzione di documenti contenenti anche altri elementi oltre a quelli essenziali che, per il caso delle garanzie a corredo dell'offerta sono enucleati nel successivo art. 75.

Una corretta interpretazione della norma in esame, anche alla stregua dei principi comunitari di trasparenza e massima partecipazione alle procedure volte all'affidamento di commesse pubbliche, fa ritenere che l'esclusione dalla selezione può però essere legittimamente prevista dall'Amministrazione procedente nella *lex specialis* di gara, oltre alle ipotesi che il Codice dei contratti pubblici individua

come insuperabili prescrizioni imposte ai concorrenti nella dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione, anche quando la prescrizione “speciale” *ad excludendum* sia proporzionalmente necessitata dall’oggetto del contratto da stipularsi ovvero da particolari modalità di esecuzione del lavoro, servizio o fornitura da effettuarsi, che giustifichino un aggravamento partecipativo.

Sulla base di tale premessa, ritiene il Collegio che l’autentica notarile della firma non può essere considerata una prescrizione ingiustificatamente aggravante il procedimento de qua, in ragione alla finalità cui la stessa è connessa.

Tale prescrizione, invero, consente l’acquisizione da parte della stazione appaltante delle certezze circa l’identità della persona che ha sottoscritto l’atto - in specie la cauzione provvisoria e l’impegno stipularne una definitiva in caso di aggiudicazione - conferendole il crisma della legale autenticità. Questo elemento, lungi dal rappresentare un vuoto formalismo, è diretto a comprovare, oltre alle generalità del dichiarante, l’imprescindibile nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione a una determinata persona fisica.

Bisogna, altresì, considerare che la polizza fideiussoria non ha la consistenza di una mera dichiarazione di scienza, ma di una dichiarazione di volontà, di effetto costitutivo, con la quale il fidejussore si obbliga a pagare al creditore garantito (in questo caso, la stazione appaltante), qualora se ne verifichino i presupposti, una somma di denaro determinata.

Pertanto, in considerazione del fatto che la prescrizione omessa è relativa alla polizza fideiussoria che non è un semplice documento, ma piuttosto uno strumento contrattuale, la stessa è destinata ad assolvere un preminente interesse pubblico, cui recede senz’altro quello del partecipante alla gara di vedersi ridotte al minimo indispensabile le formalità necessarie per la partecipazione alla gara.

Da ultimo, osserva il Collegio che la parte ricorrente non ha dimostrato che l’apposizione di autentica notarile costituisse adempimento particolarmente

gravoso, tanto da impedire la partecipazione alla gara, avendo affermato la medesima parte di avere omesso l'invio dell'autentica alla firma digitale per un mero errore tecnico.

In conclusione, il ricorso, siccome infondato, deve essere respinto, e con esso anche la connessa istanza risarcitoria.

Le spese del giudizio sono liquidate in base al principio della soccombenza, giusta quanto in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione III ter, ai sensi dell'art. 23 bis, co. 6, L. 1034/71, respinge il ricorso indicato in epigrafe.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio che liquida in euro 1.000,00 (mille/00) in favore dell'Amministrazione resistente, ed in ulteriori euro 1.000,00 (mille/00) in favore della società controinteressata.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Donatella Scala, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/07/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO