

Pubblicato il 03/06/2021

N. 04267/2021REG.PROV.COLL.

N. 09941/2020 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 9941 del 2020, proposto da Cifolelli Edilizia s.r.l., Impresa Nanni & Figli s.n.c. di Nanni Rinaldo, Ikuvium R.C. s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, in proprio e quali mandataria la prima e mandanti le altre due del costituendo raggruppamento temporaneo tra le stesse imprese, tutte rappresentate e difese dagli avvocati Nunzia De Ceglia e Eleonora Marzano, con domicilio digitale p.e.c. tratto da registri di giustizia;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Provveditorato Interregionale alle OO.PP. Lazio-Abruzzo-Sardegna, sede dell'Aquila, rispettivamente in persona del ministro e del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, con domicilio eletto presso gli uffici di quest'ultima, in Roma, via dei Portoghesi 12;

nei confronti

Consorzio Stabile Rennova, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo - Sede dell'Aquila, n. 377/2020, resa tra le parti, concernente la procedura indetta dal Provveditorato Interregionale alle Opere Pubbliche per il Lazio l'Abruzzo e la Sardegna - L'Aquila di affidamento in appalto dei lavori di recupero del complesso edilizio del convitto Nazionale, della Camera di commercio e della Provincia dell'Aquila, comprendente gli Uffici, l'ex Liceo Classico e la Biblioteca, danneggiati a seguito del sisma del 6 aprile 2009;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e del Provveditorato Interregionale alle Opere Pubbliche per il Lazio l'Abruzzo e la Sardegna – L'Aquila;

Vista l'ordinanza cautelare della Sezione del 12 febbraio 2021, n. 639;

Viste le memorie tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 maggio 2021 il consigliere Fabio Franconiero, nessuno essendo comparso per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Le appellanti in epigrafe Ciolelli Edilizia s.r.l., Impresa Nanni & Figli s.n.c. di Nanni Rinaldo, Ikuvium R.C. s.r.l., partecipanti in raggruppamento temporaneo di imprese alla procedura di gara indetta dal Provveditorato Interregionale alle opere pubbliche per il Lazio, l'Abruzzo e la Sardegna - sede dell'Aquila, per l'affidamento in appalto dei "lavori di recupero del complesso edilizio del convitto Nazionale, della Camera di commercio e della Provincia di L'Aquila, comprendente gli Uffici, l'ex Liceo Classico e la Biblioteca, danneggiati a seguito del sisma del 6 aprile 2009, hanno impugnato nella presente sede giurisdizionale amministrativa il provvedimento di esclusione dalla gara disposto nei loro confronti.

2. L'esclusione impugnata (di cui alla nota di prot. 29243 dell'11 settembre 2020, sulla base del provvedimento assunto dalla commissione giudicatrice nella seduta di gara del precedente 7 settembre, n. 512) è stata disposta per vizi concernenti la cauzione provvisoria, e precisamente:

- perché la polizza fideiussoria prestata a tale titolo dal raggruppamento temporaneo aveva un'efficacia pari a 180 giorni, e dunque inferiore ai 365 previsti dal bando di gara; l'irregolarità non era inoltre sanata mediante l'apposita appendice prodotta in seguito al soccorso istruttorio riconosciuto dall'amministrazione;

- per l'insufficiente accertamento da parte del notaio che ha autenticato le firme apposte alla polizza fideiussoria dei poteri di rappresentanza del procuratore speciale della compagnia assicuratrice.

3. Le censure dedotte dalle ricorrenti contro l'esclusione sono state respinte dal Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo - sede dell'Aquila, con la sentenza indicata in epigrafe e sono riproposte con il presente appello, per resistere al quale si è costituito il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

4. Con l'ordinanza cautelare del 12 febbraio 2021, n. 639, indicata in epigrafe, le appellanti sono state riammesse con riserva alla gara, dalla quale sono state tuttavia successivamente escluse per

un'ulteriore motivo, autonomo da quello in contestazione nel presente giudizio (mancata sottoscrizione degli elaborati progettuali facenti parte dell'offerta tecnica da parte dei progettisti).

5. Nelle note di udienza successivamente depositate le medesime appellanti, nel riferire di non avere impugnato la successiva esclusione, hanno nondimeno manifestato il loro permanente interesse ad una «*pronuncia sull'impugnazione proposta*» con ogni conseguenza di legge, anche in punto spese di causa.

DIRITTO

1. La mancata impugnazione della esclusione dalla gara disposta nei confronti del raggruppamento temporaneo di imprese con mandataria la Cifolelli Edilizia dopo la riammissione con riserva disposta in sede cautelare determina l'improcedibilità dell'appello per sopravvenuta carenza di interesse. Non rileva in contrario la successiva dichiarazione con cui le appellanti hanno insistito affinché sia resa pronuncia nel merito del loro appello, dal momento che da essa le stesse non otterrebbero alcuna utilità in relazione alla procedura di affidamento oggetto del presente giudizio, consistente nella partecipazione alla gara in vista della sua aggiudicazione, ormai definitivamente preclusa a causa della nuova esclusione. Sotto il profilo ora enunciato si giustifica pertanto la pronuncia in rito ai sensi dell'art. 35, comma 1, lett. c), del codice del processo amministrativo.

2. Residua per contro l'interesse delle medesime appellanti alla regolamentazione delle spese, secondo il criterio della soccombenza virtuale. Sotto questo distinto profilo, in coerenza con la delibazione svolta in sede cautelare, deve ribadirsi che le censure delle appellanti contro la prima esclusione dalla gara, oggetto del presente giudizio sono fondate.

3. Deve premettersi al riguardo che l'esclusione impugnata nel presente giudizio è stata disposta per due distinte cause di irregolarità della cauzione provvisoria, consistenti nel termine di efficacia di 180 giorni ivi previsto, inferiore a quello di 365 giorni invece richiesto nel bando di gara, e nel mancato accertamento dei poteri rappresentativi del procuratore speciale della compagnia assicurativa che ha rilasciato la polizza fideiussoria prestata a titolo di cauzione provvisoria.

4. Con riguardo a quest'ultimo aspetto è tuttavia evidente che la valutazione della commissione giudicatrice si è indebitamente sovrapposta alla verifica sulla legittimazione all'atto demandata per legge al notaio che ha certificato in calce alla polizza fideiussoria la validità della sottoscrizione digitale del procuratore speciale della compagnia assicurativa. Nella medesima certificazione il notaio ha fatto menzione della procura speciale, rogata all'estero, e del suo deposito in Italia «*debitamente apostillata*» presso altro notaio: formalità idonea a rendere pubblico ex art. 106, comma 1, n. 4), della legge notarile (regio decreto 16 febbraio 1913, n. 89) e dunque verificabile l'atto straniero su cui si fonda il potere rappresentativo. Su questa base deve pertanto ritenersi che la spendita di tale potere nell'ordinamento giuridico italiano con le descritte modalità renda la polizza fideiussoria imputabile alla compagnia assicurativa, che dunque si è così costituita garante delle odierne appellanti nei confronti del Provveditorato interregionale alle opere pubbliche.

5. Con riguardo al termine di efficacia della polizza deve invece ritenersi che secondo le comuni regole in materia di interpretazione dei contratti (artt. 1362, 1363 e 1367 cod. civ.) il termine di 180 giorni appositamente pattuito - dal 15 maggio al 14 novembre 2020 - in conformità alla disciplina generale di legge (art. 93, comma 5, del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), vada integrato con la *relatio* al termine previsto dal bando di gara, contenuta nell'art. 2, lett. a), delle condizioni generali di polizza, in cui si specifica che la garanzia rilasciata «*ha validità di 180 giorni dalla data indicata dalla lettera a)* (e cioè dalla presentazione dell'offerta; n.d.e) *ovvero la validità maggiore o minore richiesta nel bando o nell'invito*». Il rinvio

così previsto alle condizioni di volta in volta stabilite per la singola procedura di gara consente quindi di ritenere rispettate le specifiche condizioni in essa stabilite con riguardo alla cauzione provvisoria.

6. Pertanto, in relazione ad entrambe le pretese irregolarità non vi erano i presupposti per il soccorso istruttorio, dal momento che queste sono state erroneamente ravvisate dalla stazione appaltante, a fronte di un polizza fideiussoria *ab origine* valida, efficace e conforme alla normativa di gara, che non legittimava pertanto l'amministrazione ad escludere da essa le società odierne appellanti.

7. In conclusione, l'appello deve pertanto essere dichiarato improcedibile, mentre le spese sono regolate secondo la soccombenza virtuale, che fa capo al Provveditorato interregionale alle opere pubbliche resistente. Per la relativa liquidazione si rinvia al dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo dichiara improcedibile.

Condanna il Provveditorato Interregionale alle opere pubbliche del Lazio, Abruzzo e Sardegna a rifondere alle appellanti le spese del doppio grado di giudizio, liquidate complessivamente in € 6.000,00, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2021, tenuta con le modalità previste dagli artt. 4 del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, e 25 del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, come da ultimo modificato dall'art. 6, comma 1, lett. e), del decreto-legge 1 aprile 2021, n. 44, con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

L'ESTENSORE
Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE
Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO