

Corretta appare l' esclusione di una ditta che, pur avendo presentato una cauzione di importo insufficiente rispetto a quello stabilito dal disciplinare di gara, non si è contestualmente premurata di allegare all'offerta l'unica documentazione, prevista dal bando a pena di esclusione, atta a giustificare la riduzione della cauzione stessa ai sensi dell'art. 8, comma 11-quater, della legge n. 109/94.

In ogni caso, non si poteva comunque esigere che la stazione appaltante, a fronte di una cauzione presta per un importo inferiore al dovuto, dovesse implicitamente ritenere che l'offerente versasse in una delle situazioni che consentono il beneficio della riduzione della cauzione stessa ed invitasse il concorrente a provarla

Il Consiglio di Stato, con la decisione numero 231 del 31 gennaio 2005 ci sottolinea che:

- √ corretta appare la soluzione, adottata dalla Commissione aggiudicatrice, di escludere dalla gara l'odierna appellata, che, pur avendo presentato una cauzione di importo insufficiente rispetto a quello stabilito dal disciplinare di gara, non si è contestualmente premurata di allegare all'offerta l'unica documentazione, prevista dal bando a pena di esclusione, atta a giustificare la riduzione della cauzione stessa ai sensi dell'art. 8, comma 11-quater, della legge n. 109/94.
- √ La quale Commissione, inoltre, non era, a parere della Sezione, tenuta a consentire la regolarizzazione d'una cauzione irregolarmente prestata, trattandosi della violazione d'una prescrizione, la cui osservanza era espressamente sancita a pena d'esclusione, per di più ai fini della concessione di un beneficio (il dimezzamento del bind bond), per il godimento del quale è pur vero che non occorre una espressa domanda di parte

Vengono inoltre affermati i seguenti principi in tema di massima partecipazione agli appalti pubblici:

1. la reciproca lealtà richiesta alle parti di un procedimento di gara non implica certo che ricada sull'Amministrazione la normale diligenza, cui le imprese devono conformarsi nel formulare le offerte di partecipazione alle pubbliche gare;
2. l'invito alla regolarizzazione può riguardare solo vizi di ordine formale, in ordine ai quali non viene vulnerata la par condicio dei concorrenti, ma non può avere ad oggetto integrazioni, che ne modificano il contenuto sostanziale
3. Ogni possibile integrazione della cauzione determinerebbe anche la sostanziale vanificazione del termine di presentazione delle offerte e la violazione del principio della par condicio dei concorrenti; ciò perché una sorta di possibilità generalizzata di "riapertura dei termini" per presentare documenti utili all'aggiudicazione, come ipotizzata dal T.A.R., in quanto inevitabilmente collegata alla posizione di un singolo concorrente, concretizzerebbe una lesione del principio della par condicio delle pubbliche gare
4. La presentazione, in particolare, di regolare cauzione costituisce, peraltro, indubbiamente requisito, prescritto per la partecipazione alla gara, indispensabile alla stazione appaltante ai fini del raggiungimento del necessario affidamento sulle capacità dei partecipanti, la cui mancanza od irregolarità non può che portare ragionevolmente ad una specifica preclusione alla partecipazione, recedendo il principio del "favor participationis" a fronte del principio della tassatività delle cause di esclusione, laddove queste, come certamente può dirsi della clausola di specie, rispondano ad un particolare interesse dell'Amministrazione e garantiscano la parità dei concorrenti

Il supremo giudice amministrativo arriva quindi alla conclusione che :

<l'importo della cauzione provvisoria prestata dall'odierna appellata (in ragione del 50% di quello previsto dal disciplinare di gara) si rivela insufficiente rispetto a quanto richiesto dal disciplinare stesso, senza che l'interessata abbia provato, secondo le modalità previste a pena di esclusione dalle norme di gara, la sussistenza dei presupposti per l'operatività del beneficio del dimezzamento del bind bond.>

A cura di Sonia Lazzini

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 Quarta) ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

sul ricorso in appello n. 12038 del 2003, proposto da

***** S.p.A.,

in persona dell'Amministratore Delegato p.t.,

rappresentata e difesa dall'avv.to Giuseppe Cignitti ed elettivamente domiciliata presso lo studio dello stesso, in Roma, via A. Bertoloni, 27,

c o n t r o

***** -S.p.A.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv.to Raffaele Ferola ed elettivamente domiciliata presso lo studio dello stesso, in Roma, via PO, 22

e nei confronti di

***** S.p.A.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Maridati e Giuseppe Ramadori ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo, in Roma, via Marcello Prestinari, 13,

per l'annullamento

del dispositivo di sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, n. 44/2003 e della successiva sentenza n. 42/04.

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'appellata ***** e di *****;

Vista l'Ordinanza n. 2965/04, pronunciata nella Camera di Consiglio del 24 giugno 2004, di accoglimento dell'istanza di sospensione dell'efficacia della decisione impugnata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive domande e difese;

Visto il dispositivo di sentenza n. 439/04;

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta, alla pubblica udienza del 26 ottobre 2004, la relazione del Consigliere Salvatore Cacace;

Uditi, alla stessa udienza, l'avv.to Vania Romano, in sostituzione dell'avv. Raffaele Ferola, per ***** -S.p.A. e l'avv. Giuseppe Ramadori per ***** S.p.A., nessuno essendo ivi comparso per l'appellante;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, ha ritenuto illegittima l'esclusione della ***** - ***** S.p.A. - odierna appellata, dalla gara, indetta da ***** S.p.A., per l'affidamento dei lavori di ampliamento della linea liquami dell'impianto di depurazione di Mozzanica.

L'esclusione è stata determinata dalla circostanza che la società aveva prestato la cauzione provvisoria nella misura dell'1%, anziché del 2%, come richiesto dal punto "E" delle "modalità di presentazione e criteri di ammissibilità delle offerte", senza tuttavia allegare all'offerta la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di cui all'art. 8, comma 11-quater, della legge n. 109/94, che consentivano la presentazione di una cauzione in misura ridotta.

Il T.A.R. ha censurato l'operato della Amministrazione, ritenendo:

che la norma di gara, che prevede il beneficio del dimezzamento della cauzione e della garanzia fideiussoria in favore delle imprese certificate, non sanzionasse il correlato obbligo di documentazione con l'esclusione dalla gara;

che comunque, "se interpretato in modo diverso da quanto indicato al punto 1, il disciplinare di gara risulta ... illegittimo per violazione dell'art. 28 della direttiva 14 giugno 1993, n. 93/37 CEE, e del principio di proporzionalità che deve necessariamente intercorrere tra la rilevanza del fine pubblico perseguito e le limitazioni imposte ai privati per garantire il raggiungimento di tale fine" (pag. 10 sent.);

che la presentazione della cauzione in misura dimezzata, in mancanza dei documenti che la giustificano, ricadrebbe, nella specie, nell'area degli adempimenti soggetti a regolarizzazione, in presenza, "tra i documenti depositati in allegato al ricorso [di] una nota della ricorrente del 28 ottobre 2002 diretta alla stazione appaltante ..., in fondo alla quale è visibile il logo della certificazione dell'Istituto Valenciano de Certificación (IVAC) ... la [cui] presenza ... avrebbe comunque dovuto indurre la stazione appaltante a considerare acquisito un principio di prova sul possesso della certificazione e conseguentemente a chiedere il deposito della relativa documentazione" (pagg. 8 - 9 sent.);

che la ricorrente originaria fosse in possesso "delle condizioni per ottenere la riduzione a metà della cauzione provvisoria" (pag. 13 sent., in relazione alla censura, sollevata con ricorso incidentale

dall'odierna appellante, secondo cui la ricorrente, al momento della scadenza dei termini di presentazione delle domande di ammissione alla gara, non era in possesso di una valida certificazione del sistema di qualità).

La sentenza è appellata, con impugnazione del dispositivo seguita da formulazione compiuta dei motivi d'impugnazione a séguito del suo deposito, da ***** S.p.A., l'aggiudicazione in cui favore della gara de qua risulta tra gli atti annullati con la decisione in argomento, che critica sia le parti della stessa concernenti l'accoglimento dei motivi di ricorso svolti in primo grado da ***** - ***** S.p.A. -, sia i punti relativi al rigetto del ricorso incidentale da essa dinanzi al T.A.R. proposto.

Si è costituita, per resistere, la predetta ***** , sostenendo la infondatezza dell'appello e chiedendone la reiezione.

Si è pure costituita in giudizio la ***** S.p.A., stazione appaltante nella gara di cui si discute, dichiarando di condividere i motivi dell'appello proposto da ***** S.p.A. ed associandosi, quindi, alle richieste della stessa.

Con ordinanza n. 2965/04, pronunciata nella Camera di Consiglio del 24 giugno 2004, è stata accolta l'istanza di sospensione dell'efficacia della decisione impugnata.

In prossimità dell'udienza fissata per la discussione del mérito, la ***** ha prodotto memoria, ivi svolgendo brevi considerazioni a sostegno delle sue tesi.

La causa è stata chiamata e trattenuta in decisione alla udienza pubblica del 26 ottobre 2004.

D I R I T T O

1. – Va, preliminarmente, dichiarata l'inammissibilità dell'atto di costituzione in giudizio della stazione appaltante ***** S.p.A., con conseguente estromissione della stessa dal giudizio.

E' noto, infatti, che, nelle ipotesi di presenza di più soccombenti in primo grado e di proposizione di impugnazione (principale) da parte di uno di essi (nella fattispecie la ***** S.p.A.), le altre parti soccombenti, che intendano gravarsi contro la sentenza, devono farlo nella forma dell'appello incidentale, entro i términi di decadenza proprii dell'impugnazione incidentale (Cons. St., IV, 1 agosto 1985, n. 327).

E' pertanto inammissibile la costituzione nell'appello in esame di ***** S.p.A., che, soccombente in prime cure, era legittimata ed aveva l'òneri di appellare la relativa sentenza (in via autonoma, od in via incidentale dopo l'altrui impugnazione proposta per prima) e che, non avendo ritualmente proposto né l'uno né l'altro tipo di appello, non può certo eludere detto òneri mediante la mera costituzione nel giudizio promosso da altro soccombente, di cui pertanto pretende inammissibilmente di sostenere le ragioni (v. Cons. St.: IV, 22 giugno 2004, n. 4458; V, 20 dicembre 1995, n. 1768).

2. – Ciò posto, l'appello proposto da ***** S.p.A. è fondato.

Il T.A.R. ha censurato l'operato della Amministrazione, ritenendo:

che la norma di gara, che prevede il beneficio del dimezzamento della cauzione e della garanzia fideiussoria in favore delle imprese certificate, non sanzionasse il correlato obbligo di documentazione con l'esclusione dalla gara;

che comunque, "se interpretato in modo diverso da quanto indicato al punto 1 il disciplinare di gara risulta ... illegittimo per violazione dell'art. 28 della direttiva 14 giugno 1993, n. 93/37 CEE, e del principio di proporzionalità che deve necessariamente intercorrere tra la rilevanza del fine pubblico perseguito e le limitazioni imposte ai privati per garantire il raggiungimento di tale fine" (pag. 10 sent.);

che la presentazione della cauzione in misura dimidiata, in mancanza dei documenti che la giustifichino, ricadrebbe, nella specie, nell'area degli adempimenti soggetti a regolarizzazione, in presenza, "tra i documenti depositati in allegato al ricorso [di] una nota della ricorrente del 28 ottobre 2002 diretta alla stazione appaltante ..., in fondo alla quale è visibile il logo della certificazione dell'Istituto Valenciano de Certificación (IVAC) ... la [cui] presenza ... avrebbe comunque dovuto indurre la stazione appaltante a considerare acquisito un principio di prova sul possesso della certificazione e conseguentemente a chiedere il deposito della relativa documentazione" (pagg. 8 – 9 sent.); che la ricorrente originaria fosse in possesso "delle condizioni per ottenere la riduzione a metà della cauzione provvisoria" (pag. 13 sent., in relazione alla censura, sollevata con ricorso incidentale dall'odierna appellante, secondo cui la ricorrente, al momento della scadenza dei termini di presentazione delle domande di ammissione alla gara, non era in possesso di una valida certificazione del sistema di qualità).

3. – Orbene, per quanto concerne la questione sub 1) di cui sopra, è agevole osservare che, da una attenta lettura del disciplinare di gara e, in particolare, del punto concernente le modalità di presentazione dei documenti da inserire nella busta "A" dell'offerta, risulta, contrariamente a quanto ritenuto dal T.A.R., che detto disciplinare, nel prescrivere che "nella busta A devono essere contenuti, a pena di esclusione, i seguenti documenti ...", intende riferirsi a tutti i documenti comunque ricompresi nella elencazione che segue; non solo, dunque, a quelli richiesti, per così dire, in via principale (e cioè non solo, ad esempio, restando all'ambito che concerne più da vicino il presente giudizio, alla "cauzione provvisoria"), ma anche ai documenti (quale, per quanto qui ne occupa, la "certificazione di sistema di qualità rilasciata da organismi accreditati", di cui alla lettera "E" della detta elencazione), individuati nella stessa come "allegati".

In altri termini, la veduta, generale, sanzione di esclusione va riferita anche a quella certificazione del sistema di qualità, solo in presenza della quale e solo previa materiale allegazione della stessa, ai sensi della citata lett. "E", una cauzione inferiore all'importo indicato dal disciplinare potrebbe comunque ritenersi regolare; e ciò perché, del tutto logicamente, la presentazione di una cauzione di importo dimezzato, priva di qualsivoglia giustificazione che valga a ricondurla nell'ambito delle eccezioni previste dall'ordinamento, equivale al non inserimento della completa documentazione richiesta (v. Cons. St., V, 10 marzo 2003, n. 1297), sanzionato nel caso di specie, come s'è visto, in via generale con l'esclusione.

Né una qualche incertezza circa la latitudine della citata, espressa, previsione iniziale (secondo cui, come s'è visto, tutti i documenti elencati andavano inseriti "a pena di esclusione") può derivare dalla inserzione, nel testo della elencazione dei documenti interessati da detta clausola, di clausole contenenti espressi divieti di esclusione.

Ad una attenta lettura, infatti, a tali clausole non è attribuibile né un mero valore ripetitivo o rafforzativo della prefata clausola generale, né, per converso, un valore attenuativo della clausola medesima con riguardo alla documentazione, tra cui appunto la "certificazione" di cui qui si tratta, cui dette clausole "speciali" non facciano riferimento.

Trattasi invero, a ben vedere, di clausole ulteriori, e con autonomo rilievo essenziale, rispetto a quella generale, in quanto volte a garantire non la concreta e materiale allegazione degli svariati documenti previsti dalla predetta elencazione (cui, con tutta evidenza, risponde la clausola generale), quanto piuttosto l'ulteriore prescrizione che determinati documenti siano presentati in una determinata forma (ad es. in originale e non in copia, come è appunto previsto a proposito della attestazione di presa visione del progetto), oppure che contengano determinati impegni ed elementi negoziali esulanti dal contenuto ordinario del documento interessato (com'è previsto, ad es., proprio a proposito della cauzione, in caso di rilascio della stessa mediante polizza o fidejussione); e dunque tali clausole speciali, meramente aggiuntive rispetto a quella generale, non valgono di certo a porre la stessa nel nulla.

Si tratta, insomma, di disposizioni di immediata lettura, formulate in maniera tale da non consentire equivoci di sorta; sì che corretta appare la soluzione, adottata dalla Commissione aggiudicatrice, di escludere dalla gara l'odierna appellata, che, pur avendo presentato una cauzione di importo insufficiente rispetto a quello stabilito dal disciplinare di gara, non si è contestualmente premurata di allegare all'offerta l'unica documentazione, prevista dal bando a pena di esclusione, atta a giustificare la riduzione della cauzione stessa ai sensi dell'art. 8, comma 11-quater, della legge n. 109/94.

La quale Commissione, inoltre, non era, a parere della Sezione, tenuta a consentire la regolarizzazione d'una cauzione irregolarmente prestata, trattandosi della violazione d'una prescrizione, la cui osservanza era espressamente sancita a pena d'esclusione, per di più ai fini della concessione di un beneficio (il dimezzamento del bind bond), per il godimento del quale è pur vero che non occorre una espressa domanda di parte (ed in tal senso il beneficio opera automaticamente), ma purtuttavia occorre certamente che il concorrente produca, esclusivamente unitamente all'offerta ed al bind bond (perché altrimenti si versa in ipotesi, come già detto, di non completa presentazione della documentazione richiesta ai fini della partecipazione alla gara), anche la prova di essere in possesso della certificazione di qualità (v. Cons. St., VI, 14 ottobre 2003, n. 6280).

In ogni caso, non si poteva comunque esigere che la stazione appaltante, a fronte di una cauzione presta per un importo inferiore al dovuto, dovesse implicitamente ritenere che l'offerente versasse in una delle situazioni che consentono il beneficio della riduzione della cauzione stessa ed invitasse il concorrente a provarla.

Tanto, sia perché la reciproca lealtà richiesta alle parti di un procedimento di gara non implica certo che ricada sull'Amministrazione la normale diligenza, cui le imprese devono conformarsi nel formulare le offerte di partecipazione alle pubbliche gare; sia perché l'invito alla regolarizzazione può riguardare solo vizi di ordine formale, in ordine ai quali non viene vulnerata la par condicio dei concorrenti, ma non può avere ad oggetto integrazioni, che ne modifichino il contenuto sostanziale (Cons. St., VI, 30 gennaio 1992, n. 50).

Né vale, in contrario, richiamare, come ha fatto il T.A.R., una presunta prevalenza del principio, volto a favorire la più ampia partecipazione alle gare pubbliche; infatti, in sede di aggiudicazione dei contratti della Pubblica amministrazione, l'inosservanza delle prescrizioni del bando o della lettera d'invito circa le modalità di presentazione delle offerte implica l'esclusione dalla gara, quando si tratti di prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse dell'Amministrazione appaltante o poste a garanzia della par condicio dei concorrenti, con effetto recessivo del metodo esegetico favorevole alla più ampia partecipazione alla gara (Cons. St., V, 15 novembre 2001, n. 5843).

Il principio, poi, secondo cui, nelle gare per l'aggiudicazione di pubblici contratti, le prescrizioni sulle formalità di presentazione delle offerte rilevano, ai fini dell'esclusione dalla gara, quando rispondano ad un particolare interesse dell'Amministrazione e garantiscano la parità dei concorrenti, ha carattere suppletivo, in quanto opera soltanto là dove una formalità non sia espressamente stabilita a pena di esclusione, giacché in tale caso vige il principio dell'imperatività del provvedimento amministrativo ed il criterio teleologico recede di fronte al criterio formale.

Precisato che si deve in questa sede prescindere dalla questione della ammissibilità o meno, ai fini della partecipazione alla gara di cui si tratta, della allegazione, a corredo dell'offerta presentata con cauzione dimezzata, della certificazione del sistema di qualità (o della dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati del sistema di qualità) rilasciata da organismo accreditato anziché dell'attestazione SOA (pur affrontata e risolta in senso positivo dal T.A.R.), perché è il disciplinare di gara, non impugnato con il ricorso incidentale di primo grado, a consentire la presentazione della certificazione anzidetta, non può poi indurre a diverse conclusioni, circa l'esito del presente giudizio, la circostanza, rilevata dal T.A.R., secondo cui la presentazione della cauzione in misura dimezzata, in

manca dei documenti che la giustificano, ricadrebbe comunque, nel caso di specie, nell'area degli adempimenti soggetti a regolarizzazione, in presenza, "tra i documenti depositati in allegato al ricorso [di] una nota della ricorrente del 28 ottobre 2002 diretta alla stazione appaltante ..., in fondo alla quale è visibile il logo della certificazione dell'Istituto Valenciano de Certificación (IVAC) ... la [cui] presenza ... avrebbe comunque dovuto indurre la stazione appaltante a considerare acquisito un principio di prova sul possesso della certificazione e conseguentemente a chiedere il deposito della relativa documentazione" (pagg. 8 – 9 sent.);

Anche a voler, infatti, ammettere l'esistenza di un onere, a carico della stazione appaltante, di richiesta di integrazione documentale in presenza di un tale principio di prova (ma si ricordi che l'amministrazione è tenuta ad acquisire di ufficio atti e documenti solo se vi sia una espressa istanza dell'interessato, che informa l'amministrazione che atti e documenti sono già in possesso dell'amministrazione medesima, istanza, che nella fattispecie sicuramente manca; v. art. 18, comma 2, della legge n. 241/1990: <<Qualora l'interessato dichiari che fatti, stati e qualità sono attestati in documenti già in possesso della stessa amministrazione procedente o di altra pubblica amministrazione, il responsabile del procedimento provvede d'ufficio all'acquisizione dei documenti stessi o di copia di essi>> ed art. 43, comma 1, del d.p.r. n. 445/2000: <<Le amministrazioni pubbliche e i gestori di pubblici servizi non possono richiedere atti o certificati concernenti stati, qualità personali e fatti che risultino elencati all'art. 46, che siano attestati in documenti già in loro possesso o che comunque esse stesse siano tenute a certificare. In luogo di tali atti o certificati i soggetti indicati nel presente comma sono tenuti ad acquisire d'ufficio le relative informazioni, previa indicazione, da parte dell'interessato, dell'amministrazione competente e degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti, ovvero ad accettare la dichiarazione sostitutiva prodotta dall'interessato>>), la circostanza rilevata dal T.A.R. non pare al Collegio poter assurgere al rango attribuitogli dall'odierno appellato e condiviso dal giudice di primo grado, dal momento che il principio di prova, per essere veramente tale, dev'essere comunque rinvenibile nella documentazione di gara, mentre la citata nota non faceva parte di tale documentazione, né alla stessa la concorrente interessata risulta che avesse fatto espresso riferimento in tale ambito. E, soprattutto, sulla base del fatto che tale nota costituirebbe principio di prova di una certificazione di qualità (quella dell'IVAC), che la stessa sentenza, con statuizione non contestata, ha affermato che "non possa valere ai fini della gara in quanto cancellata prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte" (pag. 11).

Né si può ritenere, infine, così come ha fatto il T.A.R. accogliendo la relativa censura, che l'onere di fornire la prova della sussistenza del presupposto per la riduzione della misura della cauzione (stabilito, come s'è visto, a pena di esclusione dal disciplinare di gara) non trovi fondamento in un interesse pubblico adeguato e sia pertanto irragionevole e contrario al disposto dell'art. 28 della direttiva 14 giugno 1993, n. 93/37/CEE.

In generale, invero, determinate prescrizioni (art. 15 del d. lgs. n. 358/92; art. 16 del d. lgs. 17 marzo 1995, n. 157; art. 28 della dir. 93/37/CEE del 14 giugno 1993) stabiliscono, in materia di gare, che l'Amministrazione richieda il completamento dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati, almeno con riferimento alla documentazione attestante il possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economica, e ciò segnatamente nel caso di ambiguità della lex specialis di gara (Cons. St., V, 2 luglio 2001, n. 3595), ovvero quando non si tratti di documentazione nuova, bensì già presentata dall'impresa, ma incompleta o poco chiara (Cons. St., IV, 31 luglio 2000, n. 4198).

Orbene, non solo i presupposti testé richiamati non trovano, come s'è visto, riscontro nella fattispecie all'esame, ma la stessa clausola del disciplinare di gara caduta sotto gli strali del T.A.R. non soffre certo né di irragionevolezza né di contrasto con le citate norme, in quanto vòlta, con tutta evidenza, a tutela dell'interesse pubblico primario a garantire l'affidabilità dell'offerta, sia in vista dell'eventuale aggiudicazione, sia in funzione della serietà e correttezza del procedimento di gara.

E' evidente come tale funzione non possa essere efficacemente assolta laddove l'importo della cauzione prestata dal singolo concorrente non sia modulato esattamente in relazione all'importo previsto dalle norme di gara; ovvero laddove, come pretende il T.A.R., si debba consentirne una qualche regolarizzazione (in relazione all'importo stesso oppure in relazione alle giustificazioni di una cauzione prestata in misura ridotta), con una sospensione del procedimento di aggiudicazione, che si porrebbe, per di più, in palese contrasto con i principii di celerità e contestualità delle operazioni di gara, e, in generale, con i principii di economicità, efficienza e speditezza dell'azione amministrativa.

Ogni possibile integrazione della cauzione determinerebbe insomma, a tacer d'altro, anche la sostanziale vanificazione del termine di presentazione delle offerte e la violazione del principio della par condicio dei concorrenti; ciò perché una sorta di possibilità generalizzata di "riapertura dei termini" per presentare documenti utili all'aggiudicazione, come ipotizzata dal T.A.R., in quanto inevitabilmente collegata alla posizione di un singolo concorrente, concretizzerebbe una lesione del principio della par condicio delle pubbliche gare.

La presentazione, in particolare, di regolare cauzione costituisce, peraltro, indubbiamente requisito, prescritto per la partecipazione alla gara, indispensabile alla stazione appaltante ai fini del raggiungimento del necessario affidamento sulle capacità dei partecipanti, la cui mancanza od irregolarità (tale dovendo in fin dei conti intendersi il vizio, da cui è affetta una cauzione presentata per un importo inferiore a quello stabilito dalle norme di gara e priva, a suo corredo, di qualsiasi manifestazione di volontà, anche quella implicita risultante dalla prova dei presupposti necessari per la riduzione, di volersi avvalere dei particolari benefici previsti dalla legge) non può che portare ragionevolmente ad una specifica preclusione alla partecipazione, recedendo il principio del "favor participationis" (che impone alle stazioni appaltanti di consentire la massima accorrenza alle procedure ad evidenza pubblica) a fronte del principio della tassatività delle cause di esclusione, laddove queste, come certamente può dirsi della clausola di specie, rispondano ad un particolare interesse dell'Amministrazione e garantiscano la parità dei concorrenti.

4. – In definitiva, nella gara de qua, l'importo della cauzione provvisoria prestata dall'odierna appellata (in ragione del 50% di quello previsto dal disciplinare di gara) si rivela insufficiente rispetto a quanto richiesto dal disciplinare stesso, senza che l'interessata abbia provato, secondo le modalità previste a pena di esclusione dalle norme di gara, la sussistenza dei presupposti per l'operatività del beneficio del dimezzamento del bind bond.

La assorbente fondatezza delle censure in tal senso proposte dall'appellante è sufficiente all'accoglimento dell'appello, con conseguente annullamento della sentenza impugnata e reiezione del ricorso principale di primo grado.

Restano logicamente assorbite le ulteriori doglianze (già oggetto del ricorso incidentale proposto in primo grado, del resto soggetto al pacifico principio della sua improcedibilità in caso di rigetto del ricorso principale) attinenti la effettiva sussistenza o meno dei citati presupposti, in capo all'appellata, alla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte nella gara di cui si tratta.

5. – Le spese di entrambi i gradi di giudizio, liquidate nella misura indicata in dispositivo, séguono, come di regola, la soccombenza.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, estromessa dal giudizio la ***** S.p.A., accoglie l'appello e, per l'effetto, annulla la sentenza impugnata e respinge il ricorso principale di primo grado.

Condanna l'appellata ***** alla rifusione delle spese del doppio grado di giudizio in favore dell'appellante, liquidandole in Euro 7.000,00, oltre I.V.A. e C.P.A.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 26 ottobre 2004, con l'intervento dei signori:

- Stenio RICCIO Presidente
- Antonino ANASTASI Consigliere
- Vito POLI Consigliere
- Bruno MOLLICA Consigliere
- Salvatore CACACE Consigliere, relatore ed estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Salvatore Cacace Stenio Riccio

IL SEGRETARIO

Rosario Giorgio Carnabuci

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

31/01/2005

(art. 55, L. 27.4.1982, 186)

per Il Dirigente

dott. Giuseppe Testa

--

N.R.G 12038/03

TRG