

Nel caso in cui un bando di gara preveda con riferimento alle cauzioni provvisorie e definitive - che le “garanzie suddette dovranno essere prestate presso la Tesoreria provinciale dello Stato di Roma, allegando all’offerta la relativa quietanza, ovvero m

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Va innanzi tutto escluso che la mancanza di autentica della sottoscrizione apposta in calce al documento comprovante la costituzione della cauzione provvisoria afferisca ai requisiti soggettivi del partecipante alla gara, ovvero sia suscettibile di incidere sullo svolgimento della procedura: piuttosto riguardando - esclusivamente - la certezza della riferibilità della polizza alla società emittente. Conseguentemente, siffatto adempimento - avente rilievo meramente formale (e non ricongiungibile, come sopra osservato, alla obbligatoria dimostrazione di alcun requisito di partecipazione e/o ammissione alla procedura di selezione in capo al soggetto a ciò interessato) - ben avrebbe potuto essere regolarizzato tramite apposita richiesta inoltrata dalla Commissione di gara ai sensi dell’art. 6 della legge 241/1990 e della generale previsione dettata, in tema di pubbliche gare, dall’art. 46 del D.Lgs. 163/2006 (la quale, come è noto, dispone che “nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati”). L’integrazione dei documenti e dei certificati prodotti dal partecipante ad una gara costituisce, nella fase di valutazione dei requisiti di partecipazione, un ordinario *modus procedendi* al quale le Amministrazioni devono attenersi, tendente a far prevalere la sostanza sulla forma, e la cui applicazione è da escludere solo ove si possa tramutare in una lesione del principio di parità di trattamento dei concorrenti. Né tale integrazione della polizza si sarebbe potuta tradurre in un diversificato trattamento dei concorrenti, con riveniente vulnerazione del principio della *par condicio*. Nel ribadire, alla stregua di quanto precedentemente osservato, come l’attuazione del principio di integrazione documentale non si ponga quale elemento pregiudizievole all’osservanza di un trattamento obbligatoriamente paritario fra i partecipanti ad una pubblica procedura di selezione (risultando, anzi, preordinata ad attuare il concorrente principio di *favor participationis*), va poi rilevato come il bando relativo alla gara in esame (analogamente a quanto emergente dai “chiarimenti” successivamente forniti dalla Stazione appaltante) non recasse alcuna indicazione in ordine alle conseguenze (esclusione - non ammissione) ricongiunte alla presentazione della cauzione provvisoria priva dell’autenticazione notarile della relativa sottoscrizione.

Molto interessante appare la sentenza numero 6518 del 9 luglio 2008 emessa dal Tar Lazio, Roma

Vediamo i due motivi del ricorso

<1) Violazione e falsa applicazione del punto III.1.1 del bando del 6 luglio 2007. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione 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. Erroneità dei presupposti e travisamento dei fatti. Illogicità manifesta. Difetto di istruttoria.

L'osservanza della previsione di bando riguardante l'obbligatorietà dell'autentica notarile a corredo della prestata garanzia non risulta imposta dalla lex specialis (e men che meno dal capitolato) a pena di esclusione: per l'effetto assumendosi l'illegittimità della determinazione di estromissione dalla procedura dell'A.T.I. GAMMA/GAMMABIS.

In tal senso viene evocato dalla ricorrente il noto principio di favor participationis, la cui operatività verrebbe in considerazione laddove l'osservanza di una determinata prescrizione non sia imposta a pena di inammissibilità dell'offerta, ovvero di esclusione dalla procedura di selezione.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 46 del D.Lgs. 163/2006. Violazione e falsa applicazione dell'art. 6 della legge 241/1990. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione. Violazione del principio generale di massima partecipazione ai procedimenti di gara. Eccesso di potere. Illogicità manifesta. Difetto di istruttoria.

In ogni caso, l'omessa autenticazione notarile della sottoscrizione della polizza fideiussoria rientra, secondo la prospettazione di parte ricorrente, nel novero delle mere irregolarità suscettibili di regolarizzazione: risultando operante alla fattispecie il disposto di cui all'art. 46 del D.Lgs. 163/2006.>

.ecco il parere dell'adito giudice romano:

< Va in primo luogo osservato che la pertinente disposizione di bando - di cui al punto III.1.1 della lex specialis - stabiliva che la cauzione provvisoria e la cauzione definitiva "dovranno essere prestate presso la Tesoreria provinciale di Roma, allegando all'offerta la relativa quietanza, ovvero mediante fideiussione bancaria o polizza assicurativa da produrre in originale, recante l'autenticazione notarile della firma apposta dal titolare o legale rappresentante della Ditta".

A fronte della riportata prescrizione, nel verbale formato dalla Commissione di gara in data 7 novembre 2007 veniva disposta l'esclusione dell'A.T.I. GAMMA/GAMMABIS. "in quanto la cauzione non risulta autenticata come richiesto dal bando di gara al punto III.1.1 e precisato nel chiarimento n. 19 del 31 agosto 2007 pubblicato sul sito www.protezionecivile.it".

Il contenuto del richiamato chiarimento nulla aggiunge alla riportata previsione di bando, atteso che in esso leggesi che "si conferma che la firma in calce alla suddetta cauzione provvisoria, richiesta con autentica notarile, è quella del legale rappresentante della Compagnia emittente".

2.2 Come sopra chiariti i termini della controversia - relativamente alle ragioni sottese all'avversata esclusione dell'A.T.I. GAMMA/GAMMABIS. - tale determinazione si rivela in effetti illegittima.

Va innanzi tutto escluso che la mancanza di autentica della sottoscrizione apposta in calce al documento comprovante la costituzione della cauzione provvisoria afferisca ai requisiti soggettivi del partecipante alla gara, ovvero sia suscettibile di incidere sullo svolgimento della procedura: piuttosto riguardando - esclusivamente - la certezza della riferibilità della polizza alla società emittente.

Conseguentemente, siffatto adempimento - avente rilievo meramente formale (e non ricongiungibile, come sopra osservato, alla obbligatoria dimostrazione di alcun requisito di partecipazione e/o ammissione alla procedura di selezione in capo al soggetto a ciò interessato) - ben avrebbe potuto essere regolarizzato tramite apposita richiesta inoltrata dalla Commissione di gara ai sensi dell'art. 6 della legge 241/1990 e della generale previsione dettata, in tema di pubbliche gare, dall'art. 46 del D.Lgs. 163/2006 (la quale, come è noto, dispone che "nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se

necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati”).>

Ma non solo

<la regolarizzazione che avrebbe potuto (rectius: dovuto) essere richiesta dalla stazione appaltante:

-

non si sarebbe sostanziata nella (inammissibile) produzione di un documento mancante,

-

quanto, piuttosto, nella semplice integrazione di un documento già presente agli atti di gara, attraverso l’inserimento dell’autenticazione di una sottoscrizione (già peraltro presente) volta a conferire certezza alla soggettiva promanazione della polizza fideiussoria di che trattasi>

Ma vi è di più

< In tema di regolarizzazione di un'offerta ad una gara ad evidenza pubblica, va infatti osservato come il doveroso bilanciamento tra il dovere di promuovere la regolarizzazione dei documenti presentati dai candidati ed il principio della par condicio tra i partecipanti debba essere ricercato nella distinzione **tra il concetto di regolarizzazione e quello di integrazione documentale**: tenendosi al riguardo presente che se quest'ultima non è consentita (risolvendosi in un effettivo vulnus del principio di parità di trattamento), diversamente la richiesta di regolarizzazione (attinente a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione) integra l'osservanza di un principio generale desumibile - come sopra osservato - dagli artt. 6 comma 1, lett. b), della legge 241/1990 e 46 del D.Lgs. 163/2006.>

Ed infine

< -

se il principio secondo il quale i concorrenti possono essere ammessi a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati presentati è diretto ad evitare che l'esigenza della massima partecipazione alle gare d'appalto possa essere compromessa da carenze di ordine meramente formale nella documentazione (ed ha sicuramente valenza generale);

-

l'ammissione all'integrazione o la possibilità di fornire chiarimenti non comporta alcuna

violazione della par condicio tutte le volte in cui esse sono preordinate a consentire ai concorrenti non già di presentare documenti non prodotti tempestivamente, quanto piuttosto di completare dichiarazioni o documenti già presentati.>

non senza dimenticarci che:

<In relazione alla mancata formale esplicitazione di una clausola di “esclusione”, volta a sanzionare l’inosservanza della formalità onde trattasi, non può esimersi il Collegio dal rammentare il noto insegnamento giurisprudenziale per cui la regolarizzazione documentale si rivela preclusa - ostandovi il principio della par condicio tra i concorrenti - esclusivamente in relazione a dichiarazioni o documenti espressamente richiesti a pena di esclusione (quali quelli attestanti la capacità tecnica richiesta ai fini della partecipazione alla gara), i quali avrebbero dovuto essere validamente prodotti entro il termine concesso per la presentazione dell'offerta>

Nella particolare fattispecie quindi

< Dal momento che le clausole di esclusione sono di stretta e rigorosa interpretazione, in quanto limitative della massima partecipazione che costituisce principio a cui l'Amministrazione deve attenersi nel perseguimento dell'interesse pubblico alla migliore scelta del contraente privato, in mancanza di previsione espressa nel bando di gara, la Stazione appaltante avrebbe dovuto verificare se la riscontrata irregolarità fosse suscettibile di compromettere la par condicio dei concorrenti: valutazione che, nel caso di specie, non solo non è stata compiuta, ma che non avrebbe potuto sortire effetto alcuno, trattandosi di una irregolarità assolutamente priva di conseguenze e soggetta ad integrazione, senza pregiudizio per il principio della par condicio.>

Si legga anche

Non spetta alla Commissione di gara verificare l'errore nella determinazione dell'importo della prima cauzione richiesta, né può essere sanato ex post

L'importo della provvisoria deve corrispondere a quello prescritto fin dal momento della partecipazione

Il Tar per la Sardegna, Sezione di Cagliari, con la sentenza numero 670 del 3 giugno 2002 si occupa di un'esclusione da un pubblico incanto bandito da un Comune per l'affidamento dei lavori per aver la ditta, attuale ricorrente, depositato un cauzione di entità inferiore al 2 % dell'importo a base d'asta.

La ditta si duole del provvedimento di esclusione essendo la carenza che lo ha determinato, un mero errore materiale e, nonostante che, subito dopo riscontrata la mancanza da parte della Commissione di Gara e prima che questa esaminasse le offerte, si sia provveduto ad integrare la cauzione.

I Tar conferma l'operato della Stazione appaltante sulla base di due considerazioni importanti:

- Quanto richiesto dall'attuale normativa (artt. 30, 1° comma, L. n° 109/1994 s.m.i. e 100 D.P.R. n°554/1999), essendo specifico nei termini di misura dovuta, costituisce una condizione essenziale ai fini dell'ammissione alla gara essendo inteso a garantire l'affidabilità dell'offerta, non solo in vista dell'eventuale aggiudicazione, ma anche, e in primo luogo, a tutela della serietà e della correttezza del procedimento di gara

- Non si tratta di errore scusabile e pertanto è del tutto irrilevante che l'istante alcuni giorni dopo

l'apertura delle offerte abbia versato la differenza dovuta, non essendo consentito sanare, dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle domande di partecipazione alla selezione, la mancanza di un requisito essenziale ai fini dell'ammissione alla gara.

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 6518 del 9 luglio 2008 emessa dal Tar Lazio, Roma

N.

Reg. Sent.

Anno 2008

N. 625 Reg. Ric.

Anno 2008

Repubblica Italiana
in nome del popolo italiano
Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio
Sezione I

ha pronunciato la seguente

Sentenza

sul ricorso n. 625 del 2008, proposto da ALFA geom. *****
in persona del legale rappresentante,
in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di
imprese con ALFABIS Impresa di costruzioni s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. *****
per il
presente giudizio elettivamente domiciliata in Roma, alla via Cosseria n. 5, presso lo studio dell'avv.

contro

-

la Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente del Consiglio dei Ministri p.t.;

-

il Dipartimento della Protezione civile presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (commissario
delegato alla bonifica Haven), in persona del legale rappresentante;

rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale sono elettivamente domiciliati,
in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12

e nei confronti di

BETA *****, in persona del legale rappresentante, in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea di imprese con BETABIS s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti ***** e *****, presso lo studio di quest'ultimo elettivamente domiciliata, in Roma, alla via di Monte Fiore n. 22

per l'annullamento

-

del verbale di gara in data 7 novembre 2007, nella parte in cui la Commissione di gara, relativamente al pubblico incanto indetto per l'affidamento dei lavori di realizzazione del depuratore intercomunale a servizio dei Comuni di Arenano, Cogoleto e Genova Vesima, ha disposto l'esclusione dal procedimento dell'A.T.I. GAMMA s.r.l./GAMMABIS. "in quanto la cauzione non risulta autenticata come richiesto dal bando di gara al punto III.1.1 e precisato nel chiarimento n. 19 del 31 agosto 2007 pubblicato sul sito www.protezionecivile.it", nonché nella parte in cui "propone l'aggiudicazione provvisoria al costituendo raggruppamento di imprese BETA ***** in qualità di capogruppo con l'Impresa BETABIS S.p.A.";

-

nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale, ivi compresi l'eventuale provvedimento di esclusione dal procedimento dell'A.T.I. GAMMA s.r.l./GAMMABIS. ed i provvedimenti di aggiudicazione, successivamente intervenuti.

Visto il ricorso con la relativa documentazione;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata e della predetta parte controinteressata;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 18 giugno 2008 il dr. *****; uditi altresì i procuratori delle parti come da verbale d'udienza.

Ritenuto in fatto ed in diritto quanto segue:

Fatto

Espono la società ricorrente di aver preso parte al pubblico incanto indetto dal Dipartimento per la Protezione Civile per l'affidamento dei lavori di realizzazione del depuratore intercomunale a servizio dei Comuni di Arenano, Cogoletto e Genova Vesima.

Nel sottolineare come il criterio di aggiudicazione sia stato previsto con riferimento al prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari (con esclusione automatica delle offerte anomale), soggiunge la ricorrente che il punto III.1.1 del bando di gara prevedeva - con riferimento alle cauzioni provvisorie e definitive - che le "garanzie suddette dovranno essere prestate presso la Tesoreria provinciale dello Stato di Roma, allegando all'offerta la relativa quietanza, ovvero mediante fidejussione bancaria o polizza assicurativa da produrre in originale, recante l'autenticazione notarile della firma apposta dal titolare o legale rappresentante della Ditta".

Nella seduta del 7 novembre 2007 la Commissione di gara disponeva l'esclusione della A.T.I. GAMMA/GAMMABIS. proprio in ragione della mancata autenticazione della cauzione dalla medesima prestata.

Successivamente, lo stesso organo procedeva all'apertura delle buste recanti le offerte economiche, al calcolo della soglia di anomalia (19,058%); da ultimo, proponendo l'aggiudicazione provvisoria in favore della controinteressata costituenda A.T.I. BETA/BETABIS (il cui ribasso offerto risultava pari al 19,048%).

Nel soggiungere di essersi graduata al secondo posto (con un ribasso pari al 19,759%), parte ricorrente assume di essere stata pregiudicata dall'esclusione dalla gara dell'A.T.I. GAMMA/GAMMABIS., atteso che - ove quest'ultima fosse stata ammessa alla procedura - il ribasso da essa offerto avrebbe determinato una soglia di anomalia che avrebbe condotto all'esclusione dell'A.T.I. BETA/BETABIS ed alla conseguente aggiudicazione in favore di ALFA/ALFABIS.

Assume, per l'effetto, l'illegittimità delle avversate determinazioni sotto i seguenti profili:

1) Violazione e falsa applicazione del punto III.1.1 del bando del 6 luglio 2007. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione 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. Erroneità dei presupposti e

travisamento dei fatti. Illogicità manifesta. Difetto di istruttoria.

L'osservanza della previsione di bando riguardante l'obbligatorietà dell'autentica notarile a corredo della prestata garanzia non risulta imposta dalla lex specialis (e men che meno dal capitolato) a pena di esclusione: per l'effetto assumendosi l'illegittimità della determinazione di estromissione dalla procedura dell'A.T.I. GAMMA/GAMMABIS.

In tal senso viene evocato dalla ricorrente il noto principio di favor participationis, la cui operatività verrebbe in considerazione laddove l'osservanza di una determinata prescrizione non sia imposta a pena di inammissibilità dell'offerta, ovvero di esclusione dalla procedura di selezione.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 46 del D.Lgs. 163/2006. Violazione e falsa applicazione dell'art. 6 della legge 241/1990. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione. Violazione del principio generale di massima partecipazione ai procedimenti di gara. Eccesso di potere. Illogicità manifesta. Difetto di istruttoria.

In ogni caso, l'omessa autenticazione notarile della sottoscrizione della polizza fideiussoria rientra, secondo la prospettazione di parte ricorrente, nel novero delle mere irregolarità suscettibili di regolarizzazione: risultando operante alla fattispecie il disposto di cui all'art. 46 del D.Lgs. 163/2006.

Con motivi aggiunti depositati in giudizio il 3 marzo 2008 - e debitamente notificati alle controparti - la ricorrente ha poi impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva di cui al decreto n. 28 del 3 dicembre 2007 (comunicato con nota del 22 febbraio 2008), sostenendone l'invalidità sotto il profilo dell'illegittimità derivata per i vizi dedotti con l'atto introduttivo del giudizio (richiamando, al riguardo, le doglianze con esso dedotte).

Con un secondo atto di motivi aggiunti (depositato in giudizio il 9 aprile 2008), ALFA ha impugnato anche il verbale di gara n. 1 del 25 ottobre 2007, nella parte in cui è stata ammessa alla procedura la controinteressata A.T.I. BETA/BETABIS: assumendo, al riguardo, che quest'ultima (poi risultata aggiudicataria della gara) avrebbe dovuto essere esclusa in ragione dell'omissione, rilevabile dalla domanda di partecipazione, delle dichiarazioni di cui alle lett. c) e d) del punto 16 del "fac-simile dichiarazioni n. 1" (relative al tipo di contratto collettivo nazionale venisse applicato all'impresa ed alla dimensione aziendale), previste a pena di esclusione.

Conclude parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento degli atti oggetto di censura.

Sollecita ulteriormente parte ricorrente il risarcimento in forma specifica, da attuarsi mediante aggiudicazione del contratto.

L'Amministrazione intimata, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'infondatezza delle esposte doglianze,

invocando la reiezione dell'impugnativa.

Analoghe considerazioni sono state rassegnate dalla controinteressata S.p.A. BETA - parimenti costituitasi dinanzi a questo Tribunale - la quale ha conclusivamente sollecitato la reiezione del gravame.

Il ricorso viene ritenuto per la decisione alla pubblica udienza del 18 giugno 2008.

Diritto

1. L'esame nel merito delle doglianze dedotte da parte ricorrente impone la previa verifica dell'interesse a ricorrere in capo a quest'ultima.

La presente controversia - come evidenziato in narrativa - ha infatti portato all'esame del Collegio l'impugnazione dell'esclusione da una gara di un soggetto terzo, alla cui (sostenuta) illegittimità la stessa ricorrente annette valenza pregiudizievole per la posizione pretensiva dalla medesima vantata, atteso che, ove l'A.T.I. GAMMA/GAMMABIS. fosse stata ammessa alla procedura, il raggruppamento ALFA, in ragione della rideterminazione della soglia di anomalia, sarebbe risultato aggiudicatario.

Non può esimersi il Collegio, in proposito, dal riportarsi a principi condivisibilmente enucleati dal Tribunale in materia di pubbliche gare d'appalto: ed in base ai quali deve ritenersi ammissibile l'impugnazione dell'altrui ammissione alla gara o dell'altrui esclusione, da parte di un partecipante alla gara medesima, ogni qualvolta l'avversata partecipazione o esclusione del terzo sia tale da influenzare l'esito della procedura, attraverso i meccanismi delle medie, determinando una diversa soglia di anomalia (T.A.R. Lazio, sez. I-bis, 2 febbraio 2005 n. 915).

In tal senso, è ammissibile il ricorso avverso l'aggiudicazione di una gara d'appalto e l'esclusione di un concorrente terzo, ancorché non sia stato notificato (come nel caso di specie) nei confronti del concorrente escluso, poiché quest'ultimo assume semmai veste di cointeressato e non di controinteressato (cfr. T.A.R. Lazio, sez. III, 29 dicembre 2005 n. 15071).

Dato quindi atto dell'interesse all'impugnazione dell'altrui esclusione (laddove, come nel caso di specie, finalizzata alla rideterminazione della soglia di anomalia, a sua volta preordinata ad una diversa individuazione del soggetto aggiudicatario della procedura di gara), va parimenti rilevato come, una volta ammesso alla gara il citato raggruppamento GAMMA, la ricorrente A.T.I. (come del resto, in punto di fatto, non contestato dalle controparti) sarebbe senz'altro risultata aggiudicataria della procedura (in esito allo svolgimento della quale si è classificata seconda), atteso che il raggruppamento graduatosi al primo posto (BETA/BETABIS) sarebbe stato escluso in quanto l'offerta da quest'ultimo presentata avrebbe assunto carattere di anomalia.

2. Acclarata l'ammissibilità del gravame - in ragione della tutelabilità dell'interesse dalla parte ricorrente dedotto in giudizio - le censure esposte con l'atto introduttivo del giudizio (e ribadite con i primi motivi

aggiunti proposti avverso la determinazione di aggiudicazione definitiva della gara) si dimostrano condivisibili e, per l'effetto, meritevoli di accoglimento.

2.1 Va in primo luogo osservato che la pertinente disposizione di bando - di cui al punto III.1.1 della lex specialis - stabiliva che la cauzione provvisoria e la cauzione definitiva "dovranno essere prestate presso la Tesoreria provinciale di Roma, allegando all'offerta la relativa quietanza, ovvero mediante fideiussione bancaria o polizza assicurativa da produrre in originale, recante l'autenticazione notarile della firma apposta dal titolare o legale rappresentante della Ditta".

A fronte della riportata prescrizione, nel verbale formato dalla Commissione di gara in data 7 novembre 2007 veniva disposta l'esclusione dell'A.T.I. GAMMA/GAMMABIS. "in quanto la cauzione non risulta autenticata come richiesto dal bando di gara al punto III.1.1 e precisato nel chiarimento n. 19 del 31 agosto 2007 pubblicato sul sito www.protezionecivile.it".

Il contenuto del richiamato chiarimento nulla aggiunge alla riportata previsione di bando, atteso che in esso leggesi che "si conferma che la firma in calce alla suddetta cauzione provvisoria, richiesta con autentica notarile, è quella del legale rappresentante della Compagnia emittente".

2.2 Come sopra chiariti i termini della controversia - relativamente alle ragioni sottese all'avversata esclusione dell'A.T.I. GAMMA/GAMMABIS. - tale determinazione si rivela in effetti illegittima.

Va innanzi tutto escluso che la mancanza di autentica della sottoscrizione apposta in calce al documento comprovante la costituzione della cauzione provvisoria afferisca ai requisiti soggettivi del partecipante alla gara, ovvero sia suscettibile di incidere sullo svolgimento della procedura: piuttosto riguardando - esclusivamente - la certezza della riferibilità della polizza alla società emittente.

Conseguentemente, siffatto adempimento - avente rilievo meramente formale (e non ricongiungibile, come sopra osservato, alla obbligatoria dimostrazione di alcun requisito di partecipazione e/o ammissione alla procedura di selezione in capo al soggetto a ciò interessato) - ben avrebbe potuto essere regolarizzato tramite apposita richiesta inoltrata dalla Commissione di gara ai sensi dell'art. 6 della legge 241/1990 e della generale previsione dettata, in tema di pubbliche gare, dall'art. 46 del D.Lgs. 163/2006 (la quale, come è noto, dispone che "nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati").

Nel rammentare l'esistenza di precedenti giurisprudenziali volti a stigmatizzare l'esclusione disposta senza ammettere il concorrente alla regolarizzazione del documento affetto da vizi formali (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, 17 luglio 2003 n. 3588 e 3 giugno 2003 n. 2393, nonché T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 17 luglio 2007 n. 1231), va osservato come un pacifico orientamento (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2006 n. 1521) abbia precisato che l'integrazione dei documenti e dei certificati prodotti dal partecipante ad una gara costituisce, nella fase di valutazione dei requisiti di partecipazione, un ordinario

modus procedendi al quale le Amministrazioni devono attenersi, tendente a far prevalere la sostanza sulla forma, e la cui applicazione è da escludere solo ove si possa tramutare in una lesione del principio di parità di trattamento dei concorrenti.

Tale principio va coniugato con la precisazione che, nel caso in esame, la regolarizzazione che avrebbe potuto (rectius: dovuto) essere richiesta dalla stazione appaltante:

-

non si sarebbe sostanziata nella (inammissibile) produzione di un documento mancante,

-

quanto, piuttosto, nella semplice integrazione di un documento già presente agli atti di gara, attraverso l'inserimento dell'autenticazione di una sottoscrizione (già peraltro presente) volta a conferire certezza alla soggettiva promanazione della polizza fideiussoria di che trattasi.

2.3 Né tale integrazione della polizza si sarebbe potuta tradurre in un diversificato trattamento dei concorrenti, con riveniente vulnerazione del principio della par condicio.

In tema di regolarizzazione di un'offerta ad una gara ad evidenza pubblica, va infatti osservato come il doveroso bilanciamento tra il dovere di promuovere la regolarizzazione dei documenti presentati dai candidati ed il principio della par condicio tra i partecipanti debba essere ricercato nella distinzione tra il concetto di regolarizzazione e quello di integrazione documentale: tenendosi al riguardo presente che se quest'ultima non è consentita (risolvendosi in un effettivo vulnus del principio di parità di trattamento), diversamente la richiesta di regolarizzazione (attinente a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione) integra l'osservanza di un principio generale desumibile - come sopra osservato - dagli artt. 6 comma 1, lett. b), della legge 241/1990 e 46 del D.Lgs. 163/2006.

Va conseguentemente affermato che:

-

se il principio secondo il quale i concorrenti possono essere ammessi a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati presentati è diretto ad evitare che l'esigenza della massima partecipazione alle gare d'appalto possa essere compromessa da carenze di ordine meramente formale nella documentazione (ed ha sicuramente valenza generale);

-

l'ammissione all'integrazione o la possibilità di fornire chiarimenti non comporta alcuna violazione della par condicio tutte le volte in cui esse sono preordinate a consentire ai concorrenti non già di presentare documenti non prodotti tempestivamente, quanto piuttosto di completare dichiarazioni o documenti già presentati.

2.4 Nel ribadire, alla stregua di quanto precedentemente osservato, come l'attuazione del principio di integrazione documentale non si ponga quale elemento pregiudizievole all'osservanza di un trattamento obbligatoriamente paritario fra i partecipanti ad una pubblica procedura di selezione (risultando, anzi, preordinata ad attuare il concorrente principio di favor participationis), va poi rilevato come il bando relativo alla gara in esame (analogamente a quanto emergente dai "chiarimenti" successivamente forniti dalla Stazione appaltante) non recasse alcuna indicazione in ordine alle conseguenze (esclusione - non ammissione) ricongiunte alla presentazione della cauzione provvisoria priva dell'autenticazione notarile della relativa sottoscrizione.

In relazione alla mancata formale esplicitazione di una clausola di "esclusione", volta a sanzionare l'inosservanza della formalità onde trattasi, non può esimersi il Collegio dal rammentare il noto insegnamento giurisprudenziale per cui la regolarizzazione documentale si rivela preclusa - ostandovi il principio della par condicio tra i concorrenti - esclusivamente in relazione a dichiarazioni o documenti

espressamente richiesti a pena di esclusione (quali quelli attestanti la capacità tecnica richiesta ai fini della partecipazione alla gara), i quali avrebbero dovuto essere validamente prodotti entro il termine concesso per la presentazione dell'offerta (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2007 n. 2254 e sez. VI, 31 agosto 2004 n. 5734; e, con specifico riguardo alla cauzione provvisoria, T.A.R. Sardegna 3 giugno 2002 n. 670).

Ne consegue che l'automatica esclusione di una ditta da una gara d'appalto per irregolarità formali della documentazione presentata non può essere dichiarata ove tali irregolarità:

-

non costituiscano, per chiara ed espresa previsione del bando di gara, causa di esclusione

-

e non abbiano formato oggetto di una valutazione che escluda la possibilità della loro regolarizzazione.

Dal momento che le clausole di esclusione sono di stretta e rigorosa interpretazione, in quanto limitative della massima partecipazione che costituisce principio a cui l'Amministrazione deve attenersi nel perseguimento dell'interesse pubblico alla migliore scelta del contraente privato, in mancanza di previsione espressa nel bando di gara, la Stazione appaltante avrebbe dovuto verificare se la riscontrata irregolarità fosse suscettibile di compromettere la par condicio dei concorrenti: valutazione che, nel caso di specie, non solo non è stata compiuta, ma che non avrebbe potuto sortire effetto alcuno, trattandosi di una irregolarità assolutamente priva di conseguenze e soggetta ad integrazione, senza pregiudizio per il principio della par condicio.

3. Accede alle svolte considerazioni - in ragione della fondatezza dell'esaminata censura e con inevitabile assorbimento dei rimanenti argomenti di doglianza - l'illegittimità dell'esclusione dalla gara del raggruppamento temporaneo di imprese GAMMA/GAMMABIS.; per l'effetto imponendosi in capo

all'intimata Amministrazione la rinnovazione delle procedure di selezione, mediante rideterminazione della soglia di anomalia conseguente alla riammissione della suddetta A.T.I. ed adozione delle successive e consequenziali statuizioni.

Quanto alla richiesta di risarcimento in forma integrale - dalla parte ricorrente dedotta sollecitandosi, presso l'adito organo di giustizia, l'adozione di una determinazione aggiudicataria del contratto - osserva il Collegio:

-

che l'emanazione di siffatto provvedimento è precluso al giudice amministrativo in ragione della non consentita adottabilità di atti in luogo della competente Amministrazione;

-

d'altro canto, in caso di annullamento di una gara per illegittima esclusione di una ditta offerente, la doverosa conseguente rinnovazione della procedura con la riammissione della ditta illegittimamente pretermessa è in grado di soddisfare pienamente, se nel frattempo il contratto con l'aggiudicataria non sia stato eseguito, l'interesse della ricorrente vittoriosa.

Conseguentemente disattesa la richiesta risarcitoria anzidetta (e confermata la fondatezza del dedotto petitum annullatorio, con le conseguenze sopra precisate), rileva conclusivamente il Collegio la presenza di giusti motivi per compensare fra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sezione I - accoglie, nei limiti di cui in motivazione, il ricorso indicato in epigrafe e, per l'effetto, in tali limiti annulla - riservate all'Amministrazione le consequenziali statuizioni - gli atti con esso impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 18 giugno 2008, con l'intervento dei seguenti magistrati:

***** - Presidente

***** - Consigliere, relatore, estensore

***** - Primo Referendario

IL PRESIDENTE

IL MAGISTRATO ESTENSORE

<https://www.diritto.it/nel-caso-in-cui-un-bando-di-gara-preveda-con-riferimento-alle-cauzioni-provvisorie-e-definitive-che-le-garanzie-suddette-dovranno-essere-prestate-presso-la-tesoreria-provinciale-del/>