

## **Il favor participationis ed il c.d. dovere di soccorso recedono a fronte di una specifica disposizione della legge di gara che prevede un adempimento a pena di esclusione, dovendo in tal caso far prevalere il diritto alla parità di trattamento**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Per costante giurisprudenza, l'esclusione dalla gara dell'aggiudicataria provvisoria in conseguenza della verifica del possesso dei requisiti autocertificati non deve essere preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento atteso che tale verifica rientra nell'unitario procedimento di gara già in corso e del quale i partecipanti sono già a conoscenza (Consiglio Stato, sez. V, 30 novembre 2007, n. 6140).

Con la sentenza di primo grado (Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, 6 maggio 2008 n. 3361)

è stato respinto

il

ricorso proposto dalla ricorrente. Per l'annullamento della nota prot. n. 4505/07 del 23.11.07 con cui il Presidente della Commissione della procedura indetta dalla \*\*\*\*\*à Regionale per la Sanità - \*\*\*\*\* - per la fornitura di farmaci CIG 00724489F8 comunicava alla ricorrente l'esclusione dalle fasi successive della gara per la violazione del punto 6, del disciplinare di gara, e di tutti gli atti successivi, impugnati con motivi aggiunti, tra cui l'aggiudicazione della fornitura;

che l'esclusione è stata disposta perché la ricorrente ha presentato una cauzione provvisoria di importo inferiore al 2% del valore complessivo quadriennale della sommatoria dei lotti cui l'impresa partecipava;

la ricorrente ha proposto appello per la riforma della sentenza, allegando l'ambiguità della disciplina di gara, la violazione del favor participationis, nonché la violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990;

cosa ne pensa il Consiglio di Stato?

Il ricorso non può trovare favorevole accoglimento l'entità della cauzione provvisoria era stabilita espressamente a pena di esclusione, e, come affermato dalla giurisprudenza (Cons. St., Sezione IV, 10 maggio 2007 n. 2254), la stazione appaltante non può formulare una richiesta di integrazione della documentazione qualora si tratti di documenti univocamente previsti dal bando a pena

di esclusione\_

non sussiste la pretesa ambiguità della normativa di gara: la disciplina della cauzione provvisoria è dettata esclusivamente dal punto 6 del disciplinare di gara, che si riferisce inequivocabilmente al valore complessivo quadriennale (con sottolineatura), mentre l'invocato art. 4 del capitolato speciale concerne la suddivisione della fornitura in lotti come da Allegato A;

a cura di \*\*\*\*\*

riportiamo qui di seguito la decisione numero 5171 del 3 settembre 2009 emessa dal Consiglio di Stato

N.5171 Reg.Sent.

Anno 2009

N. 6686

Reg.Ric.

Anno 2008

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**IL CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE**

## Sezione Quinta

ha pronunciato la seguente

### DECISIONE

sul ricorso in appello n. 6686 del 2008, proposto da ALFA Hospital s.r.l., rappresentata e difesa

dall'avv. \*\*\*\*\*,

con il quale è elettivamente domiciliata

presso l'avv. \*\*\*\*\* in Roma, via Po 22;

contro

la \*\*\*\*\*à Regionale per la Sanità - \*\*\*\*\* - rappresentata e difesa

dall'avv. \*\*\*\*\*,

elettivamente domiciliata

presso il medesimo in Roma, piazza di Spagna 35;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, 6 maggio 2008 n. 3361, resa tra le parti.

Visto

il

ricorso

con i relativi allegati;

visto l'atto

di costituzione in giudizio della \*\*\*\*\*à appellata

visti gli atti tutti della causa;

relatore alla pubblica udienza del 5 giugno

2009

il consigliere \*\*\*\*\*,

e uditi gli avvocati \*\*\*\*\* in sostituzione dell'avv. \*\*\*\*\* e l'avv. \*\*\*\*\* in sostituzione dell'avv. Di Bonito.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto:

che con la sentenza in epigrafe è stato respinto  
il  
ricorso

proposto dalla ALFA Hospital s.r.l. per l'annullamento  
della nota prot. n. 4505/07 del 23.11.07 con cui il Presidente della Commissione della procedura indetta  
dalla \*\*\*\*\*à Regionale per la Sanità - \*\*\*\*\* - per la fornitura di farmaci CIG 00724489F8 comunicava  
alla ricorrente l'esclusione dalle fasi successive della gara per la violazione del punto 6, del disciplinare di  
gara, e di tutti gli atti successivi, impugnati con motivi aggiunti, tra cui l'aggiudicazione della fornitura;

che l'esclusione è stata disposto perché la ricorrente ha presentato una cauzione provvisoria di importo  
inferiore al 2% del valore complessivo quadriennale della sommatoria dei lotti cui l'impresa partecipava;

che la ALFA Hospital ha proposto appello per la riforma della sentenza, allegando l'ambiguità della  
disciplina di gara, la violazione del favor participationis, nonché la violazione dell'art. 7 della legge n. 241  
del 1990;

che la So.Re.Sa. si è costituita in giudizio per resistere al gravame;

che alla pubblica udienza del 5 giugno 2009  
la causa è stata trattenuta in decisione;

che i motivi di appello sono infondati, posto che:

-

non sussiste la pretesa ambiguità della normativa di gara: la disciplina della cauzione provvisoria è dettata  
esclusivamente dal punto 6 del disciplinare di gara, che si riferisce inequivocabilmente al valore  
complessivo quadriennale (con sottolineatura), mentre l'invocato art. 4 del capitolato speciale concerne la  
suddivisione della fornitura in lotti come da Allegato A;

-

l'entità della cauzione provvisoria era stabilita espressamente a pena di esclusione, e, come affermato dalla giurisprudenza (Cons. St., Sezione IV, 10 maggio 2007 n. 2254), la stazione appaltante non può formulare una richiesta di integrazione della documentazione qualora si tratti di documenti univocamente previsti dal bando a pena di esclusione;

-

la giurisprudenza afferma costantemente che la cauzione provvisoria è stabilita a garanzia della serietà dell'impegno del contraente e deve garantire l'Amministrazione dal rischio dell'inutile svolgimento della gara;

-

il favor participationis ed il c.d. dovere di soccorso recedono a fronte di una specifica disposizione della legge di gara che prevede un adempimento a pena di esclusione, dovendo in tal caso far prevalere il diritto alla parità di trattamento ;

-

per costante giurisprudenza, l'esclusione dalla gara dell'aggiudicataria provvisoria in conseguenza della verifica del possesso dei requisiti autocertificati non deve essere preceduta dalla comunicazione di avvio

del procedimento atteso che tale verifica rientra nell'unitario procedimento di gara già in corso e del quale i partecipanti sono già a conoscenza (Consiglio Stato, sez. V, 30 novembre 2007 , n. 6140);

che, in ragione della natura della controversia, le spese possono essere compensate.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta,

rigetta l'appello in epigrafe;

dispone la compensazione delle spese;

ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, nella  
camera di consiglio del 5 giugno  
2009 con l'intervento dei magistrati:

\*\*\*\*\*

Presidente ed Est.

\*\*\*\*\*

Consigliere

\*\*\*\*\*

Consigliere

\*\*\*\*\*

Consigliere



\*\*\*\*\*

Consigliere

IL PRESIDENTE ed ESTENSORE

F.to \*\*\*\*\*

IL SEGRETARIO

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

il.....03/09/2009.....

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

IL DIRIGENTE

f.to \*\*\*\*\*

<https://www.diritto.it/il-favor-participationis-ed-il-c-d-dovere-di-soccorso-recedono-a-fronte-di-una-specifica-disposizione-della-legge-di-gara-che-prevede-un-adempimento-a-pena-di-esclusione-dovendo-in-tal-caso-far-pre/>