

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 18/03/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29155-la-giurisprudenza-di-prime-cure-ha-gi-avuto-modo-di-precisare-che-la-cauzione-definitiva-deve-essere-raccordata-alla-qualit-ed-importanza-del-contratto-sicch-il-rapporto-intercorrente-tra-tali-el>

Autore: Lazzini Sonia

La giurisprudenza di prime cure ha già avuto modo di precisare che la cauzione definitiva deve essere raccordata “alla qualità ed importanza del contratto; sicché il rapporto intercorrente tra tali elementi e la misura della cauzione deve rispondere a crit

Tar Piemonte, Torino, 01.03.2010 n. 1292_QUATER

La giurisprudenza di prime cure ha già avuto modo di precisare che la cauzione definitiva deve essere raccordata “alla qualità ed importanza del contratto; sicché il rapporto intercorrente tra tali elementi e la misura della cauzione deve rispondere a criteri di logicità e congruità”. (T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. III, 26 luglio 2002, n. 3236).

A tacere dell'illustrata pacifica applicabilità alla fattispecie dell'art. 113 del codice, va peraltro rimarcato che quand'anche della norma in discorso non dovesse, per ipotesi, predicarsi l'applicazione al caso posto all'attenzione del Collegio, discende dai principi di proporzionalità scolpiti all'art.1, comma 1 della L. n. 241/1990 e allo stesso art. 2, comma 1 del d.lgs. n. 163/2006, che non può un'Amministrazione richiedere ai partecipanti ad una pubblica gara di prestare cauzione definitiva in misura sproporzionata rispetto all'importo a base d'asta.

Non è chi non colga, invero, la manifesta sproporzione e illogicità della richiesta di una cauzione di 10 milioni di euro a garanzia dell'esatto adempimento – tale è la funzione della cauzione definitiva – di obbligazione di acquisto di quote sociali di soli 2 milioni e 100 mila euro.

Segnala il Collegio che la giurisprudenza di prime cure ha già avuto modo di precisare che la cauzione deve essere raccordata “alla qualità ed importanza del contratto; sicché il rapporto intercorrente tra tali elementi e la misura della cauzione deve rispondere a criteri di logicità e congruità”. (T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. III, 26 luglio 2002, n. 3236).

Siffatta notazione dà la stura all'ulteriore deduzione svolta dalla deducente, ossia l'argomento per il quale, quantunque non si dovesse ritenere applicabile alla gara all'esame il disposto vincolistico dell'art. 113 del Codice, quella misura della garanzia (10%) dovrebbe comunque costituire un proficuo parametro di riferimento, apparendo conseguentemente abnorme la richiesta di una cauzione definitiva pari al 476,19% della base d'asta

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

La tesi possiede il pregio della persuasività e va quindi accolta.

A tacere dell'illustrata pacifica applicabilità alla fattispecie dell'art. 113 del codice, va peraltro rimarcato che quand'anche della norma in discorso non dovesse, per ipotesi, predicarsi l'applicazione al caso posto all'attenzione del Collegio, discende dai principi di proporzionalità scolpiti all'art.1, comma 1 della L. n. 241/1990 e allo stesso art. 2, comma 1 del d.lgs. n. 163/2006, che non può un'Amministrazione richiedere ai partecipanti ad una pubblica gara di prestare cauzione definitiva in misura sproporzionata rispetto all'importo a base d'asta.

Non è chi non colga, invero, la manifesta sproporzione e illogicità della richiesta di una cauzione di 10 milioni di euro a garanzia dell'esatto adempimento – tale è la funzione della cauzione definitiva – di obbligazione di acquisto di quote sociali di soli 2 milioni e 100 mila euro.

Segnala il Collegio che la giurisprudenza di prime cure ha già avuto modo di precisare che la cauzione deve essere raccordata “alla qualità ed importanza del contratto; sicché il rapporto intercorrente tra tali elementi e la misura della cauzione deve rispondere a criteri di logicità e congruità”. (T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. III, 26 luglio 2002, n. 3236).

3.6. Non va neppure sottaciuto, come del resto già indicato in sede cautelare, che la riprova dell'esattezza di quanto qui sostenuto è offerta dalla stessa Amministrazione, la quale, in corso d'opera, dopo avere aggiudicato definitivamente la gara alla controinteressata, nello schema di convezione approvato con la delibera di aggiudicazione stessa – fatta oggetto dei secondi motivi aggiunti – ha ridotto del 40% al solo aggiudicatario la predetta cauzione definitiva, portandola dagli originari 10.000.000 richiesti ex ante a tutti i concorrenti, a 6.000.000 di euro, com'è dimostrato dal doc. 62 della Fondazione prodotto il 2.12.2002 (pag. 2, ad finem).

Nessuna ragionevole spiegazione è ipotizzabile a siffatta riduzione della garanzia definitiva, che non sia la ingiustificata sproporzione della misura della stessa rispetto alle verosimili esigenze dell'Amministrazione.

Anche il motivo in scrutinio si profila persuasivo e merita quindi di essere accolto.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 1292 dell' 1 marzo 2010 emessa dal Tar Piemonte, Torino

N. 01292/2010 REG.SEN.

N. 01212/2009 REG.RIC.

N. 00993/2009 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 Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1212 del 2009, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Ricorrente Fiere S.r.l., rappresentata e difeso dagli avv. Proff. Vittorio Barosio,
Mario Eugenio Comba, avv.ti Matteo Chiosso, Francesca Immarisio, con
domicilio eletto presso il prof. Mario Eugenio Comba in Torino, via Mercantini, 6;

contro

Fondazione 20 Marzo 2006, rappresentata e difesa dagli avv. Prof Giuseppe Di
Chio, avv. Simona Rostagno, con domicilio eletto presso il primo in Torino, corso
Re Umberto, 77;

nei confronti di

Contrinteressata Italia S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Giuseppe Bava, Gabriella Cacciatore, con domicilio eletto presso il primo in Torino, via Avogadro, 11; Contrinteressata due S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Giuseppe Bava, prof Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso il primo in Torino, via Avogadro, 11;

Sul ricorso numero di registro generale 993 del 2009, proposto da: Ricorrente Fiere S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Proff. Vittorio Barosio, Mario Eugenio Comba, avv.ti Matteo Chiosso, Francesca Imarisio, con domicilio eletto presso il prof. Mario Eugenio Comba in Torino, via Mercantini, 6;

contro

Fondazione 20 Marzo 2006 - Torino, rappresentata e difesa dagli avv. Prof. Giuseppe Di Chio, avv. Simona Rostagno, con domicilio eletto presso il primo in Torino, corso Re Umberto, 77;

nei confronti di

Contrinteressata Italia S.r.l., Contrinteressata due S.r.l., rappresentate e difese dagli avv. Giuseppe Bava, Prof. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso il primo in Torino, via Avogadro, 11;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

quanto al ricorso n. 1212 del 2009:

del verbale del 28 luglio 2009, redatto dall'Autorità di gara nominata con Determinazione del Responsabile unico del procedimento n. 01/09 in data 24 luglio 2009, nella parte in cui esclude dalla procedura di gara la ricorrente;

dell'aggiudicazione provvisoria, ignota alla ricorrente;

della lettera d'invito datata 6 luglio 2009 e lo schema di convenzione;

dell'atto di aggiudicazione definitiva disposto da Fondazione XX marzo 2006 a favore di Contrinteressata Italia s.r.l.;

di ogni atto presupposto, conseguente o comunque connesso;

nonché per la dichiarazione di radicale nullità e comunque di inefficacia del contratto di cessione di quote stipulato tra Fondazione XX marzo 2006 e una certa Get Live 2 s.r.l.;

nonché per l'inibitoria del contratto di concessione trentennale tra Fondazione XX marzo 2009 e Contrinteressata due srl..

quanto al ricorso n. 993 del 2009:

del verbale del 28 luglio 2009, redatto dall'Autorità nominata con Determinazione del Responsabile unico del procedimento n. 01/09 in data 24 luglio 2009, e trasmesso alla ricorrente con lettera datata 29 luglio 2009, pervenuta successivamente, nella parte in cui ammette alla procedura di gara la controinteressata Contrinteressata S.r.l.;

nonché di ogni altro atto preordinato, conseguente o comunque connesso tra i quali, in particolare:

la lettera d'invito datata 6 luglio 2009;

i chiarimenti forniti dalla Fondazione 20 marzo 2006 trasmessi con messaggio elettronico in data 22 luglio 2009 ore 17 in risposta ai quesiti posti da Ricorrente Fiere S.r.l.;

dell'atto di aggiudicazione definitiva disposto da Fondazione XX marzo 2006 a favore di Contrinteressata Italia s.r.l.;

di ogni atto presupposto, conseguente o comunque connesso;

nonché per la dichiarazione di radicale nullità e comunque di inefficacia del contratto di cessione di quote stipulato tra Fondazione XX marzo 2006 e una certa Get Live 2 s.r.l.;

nonché per l'inibitoria del contratto di concessione trentennale tra Fondazione XX marzo 2009 e Contrinteressata due srl..

Visti i ricorsi ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Fondazione 20 Marzo 2006;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Contrinteressata Italia S.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Contrinteressata due S.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Fondazione 20 Marzo 2006 - Torino;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Contrinteressata Italia S.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Contrinteressata due S.r.l.;

Esaminati i primi e i secondi motivi aggiunti di ricorso, depositati dalla ricorrente il 3.12.2001 e l'11.12.2009;

Esaminate le memorie difensive tutte;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'Udienza pubblica del giorno 28/01/2010 il Referendario Avv. Alfonso Graziano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. La ricorrente Ricorrente Fiere s.r.l. allega di essere controllata al 100% dalla GL Events s.a., la quale, a seguito della diserzione di una precedente procedura di gara ad evidenza pubblica indetta dalla Fondazione 20 marzo 2006 titolare dei diritti di concessione sulle strutture sportive e fieristiche realizzate nel corso delle Olimpiadi invernali Torino 2006, procedura intesa alla ricerca di un partner privato nella società Parcoolimpico sub concessionaria di tali beni, riceveva l'invito a formulare offerta ad una procedura negoziata ex art. 57, lett. b) del d.lgs. n. 163/2006 preordinata all'individuazione del predetto socio privato.

Essendo stata la lettera di invito, inoltrata per conoscenza anche al titolare della Ricorrente Fiere, questi prendeva parte ad un incontro di esposizione e chiarimento di taluni quesiti, svoltosi con i rappresentanti e consulenti legali della Fondazione indicente, in esito al quale la controllata Ricorrente fiere riceveva in formato elettronico una lettera con cui l'Ente espletante la procedura negoziata precisava che avrebbe accettato offerte anche da soggetti non invitati, quali la ricorrente, la quale presentava quindi la propria offerta senza peraltro riuscire a conformarla alle prescrizioni di gara relativamente alle forme e ai contenuti della garanzia fideiussoria, stante il lamentato ridotto termine allo scopo concesso.

Ne seguiva l'esclusione dalla procedura, per siffatta irregolarità, della Ricorrente Fiere, la quale non oppugnava la sua espulsione dalla competizione, limitandosi ad interporre il gravame in epigrafe, diretto unicamente avverso l'aggiudicazione alla Contrinteressata Italia s.r.l., unica residua partecipante alla procedura negoziata all'esame.

2.1. Alla Camera di Consiglio del 24.9.2009, esaminate le memorie difensive mediotempore prodotte da tutte le parti litiganti, la Sezione accoglieva l'indicente cautelare con Ordinanza n. 746 del 25.9.2009 giudicando fondato il ricorso, a motivo della violazione, anche da parte della controinteressata, della inequivoca prescrizione di *lex specialis* che imponeva che la fideiussione a valere quale cauzione provvisoria recasse anche l'impegno del garante a rilasciare la fideiussione definitiva per il determinato e tassativo importo di 10 milioni di euro, là ove la fideiussione presentata dall'aggiudicataria espressamente circoscriveva l'importo della garanzia definitiva alla misura definita dall'art. 113 del Codice dei contratti, pari al 10% della commessa, che equivale nella specie a soli 210 mila euro e non ai 10 milioni richiesti dalla legge di gara.

2.2. Interposto appello cautelare avverso la suindicata decisione della Sezione, il Consiglio di Stato, nella Camera di Consiglio rapidamente fissata e celebrata il

9.10.2009, con Ordinanza n. 5042 del 12.10.2009 accoglieva il gravame sul piano dell'interesse/legittimazione a ricorrere della Fiera Ricorrente, negando la sussistenza della "legittimazione a ricorrere da parte della società appellata atteso che in mancanza dell'impugnativa della propria esclusione dalla gara, si allarga oltremodo l'interesse strumentale alla ripetizione della gara, per altro non obbligatoria a seguito della conclusione della fase negoziata". Riteneva altresì il Consiglio derivare all'appellante un danno grave e irreparabile dal non dare seguito alla avvenuta aggiudicazione.

Alla pubblica Udienza del 5.11.2009 il gravame è stato rinviato a causa dell'annunciata presentazione da parte della ricorrente di motivi aggiunti estensivi dell'impugnazione al provvedimento recante la sua esclusione, in ossequio al decisum cautelare del Giudice d'appello.

2.3. Prendendo atto della riferita decisione del Giudice di secondo grado la ricorrente il 13.11.2009 notificava un secondo ricorso, depositato il 19.11.2009 e iscritto al R.G. di questo T.A.R. al n. 1212.2009 con il quale impugnava la sua esclusione dalla procedura de qua, l'aggiudicazione provvisoria disposta a beneficio della Contrinteressata nonché la lettera di invito e lo schema di convenzione nella parte in cui imponevano ai concorrenti quale condizione della presentazione dell'offerta, di produrre una fideiussione provvisoria di € 100.000 e l'impegno del fideiussore a rilasciare una garanzia di 10.000.000 di euro. Agivano anche per la declaratoria di inefficacia del contratto già stipulato dalla Fondazione.

Il 3.12.2009 depositavano motivi aggiunti con cui gravano l'aggiudicazione definitiva chiedendo anche la declaratoria di inefficacia del contratto e l'11.12.2009 un secondo atto di motivi aggiunti con cui precisavano gli estremi del provvedimento di aggiudicazione definitiva di cui ribadivano l'impugnazione e impugnavano altresì l'art. 4 della lettera di invito.

Si costituiva l'Amministrazione il 25.1.2009 e la controinteressata con memoria del 2.12.2009.

La Sezione accoglieva la domanda cautelare con Ordinanza n. 947 del 5.12.2009 delibando la fondatezza di almeno cinque motivi di ricorso.

La ricorrente depositava ulteriori documenti il 15.12.2009 e la Fondazione ulteriore ampia memoria il 17.12.2009.

Si costituiva con memoria del 16.12.2009 anche la Paroolimpico s.p.a.

2.4. Alla successiva Camera di Consiglio del 17.1.2009 fissata per la trattazione della domanda cautelare sui secondi motivi aggiunti la Sezione accoglieva la stessa con Ordinanza n. 978/2009 del 21.12.2009.

La ricorrente e la Fondazione depositavano ulteriori memorie il 15.1.2010.

L'Amministrazione interponeva altresì regolamento preventivo di giurisdizione, depositandolo in copia nella segreteria della Sezione.

Alla pubblica Udienza del 28.1.2010 sulle conclusioni delle parti e la Relazione del Referendario Avv. Alfonso Graziano entrambi i ricorsi venivano introitati per la definitiva decisione di merito.

DIRITTO

1.1. Il Collegio non può non prendere atto della delibazione processuale effettuata dal Giudice di secondo grado e, in disparte la convinzione già raggiunta in fase deliberativa cautelare sulla illegittimità dell'aggiudicazione pronunciata a favore della controinteressata, deve svolgere talune doverose considerazioni di carattere processuale.

Ritiene all'uopo utile rimarcare che il principio in ossequio al quale un'impresa che sia stata esclusa dalla gara e non abbia impugnato la propria esclusione non è titolare dell'interesse a ricorrere avverso l'aggiudicazione ad altri, è acquisizione motu proprio già raggiunta dalla Sezione.

1.2. In particolare, il Tribunale opina insussistente per un concorrente che sia stato espulso da una gara e che non abbia reagito nella sede giurisdizionale avverso siffatta esclusione, quell'utilità nella quale si sostanzia l'interesse a ricorrere, il quale scolora e svanisce del tutto allorché l'intervenuta inoppugnabilità ed incontestabilità dell'esclusione importa la logica conseguenza che l'eventuale accoglimento del gravame interposto contro l'aggiudicazione ad altro concorrente e la conseguente demolizione di siffatta aggiudicazione, nessun apprezzabile beneficio o vantaggio può generare nella sfera giuridica del ricorrente che rimanga definitivamente e legittimamente espulso dalla gara. Ha, infatti, di recente precisato la Sezione che l'interesse a ricorrere, nella divisata ipotesi non sussiste neanche là dove l'esclusione sia impugnata ma contestualmente delibata legittima dal Giudice e quindi infondato il gravame avverso la sanzione espulsiva, poiché la valutata infondatezza dell'impugnativa in questione, "priva la deducente, secondo condivisa giurisprudenza, dell'interesse a dolersi della mancata esclusione di altri e dell'aggiudicazione in loro favore, posto che l'eventuale accoglimento del diniego di tale aggiudicazione nessun vantaggio arrecherebbe alla ricorrente, la quale resterebbe legittimamente esclusa dalla gara"(T.A.R. Piemonte, Sez. I, 16.3.2009, n. 240, Ord., con richiamo a Consiglio di Stato, Sez. V, 30.8. 2006, n. 5067; Consiglio di Stato, Sez. V, 19.9.2004, n. 6031; T.A.R. Campania – Napoli, Sez. I, 28.7.2007, n. 7227; T.A.R. Puglia – Bari, Sez. I, 7.2.2005, n. 385).

Definita nei precisati termini la parabola processuale che attraversa la situazione del ricorrente escluso da una gara che limiti la sua iniziativa contenziosa alla contestazione dell'altrui poziore posizione senza difendere la propria, non può il Collegio non rammentare che la giurisprudenza dello stesso Consiglio ha fatto registrare autorevoli significative eccezioni al delineato radicato approdo interpretativo.

1.3. E' noto infatti che il Giudice d'appello discerne la posizione di chi circoscrive la sua impugnativa alla sola illegittima aggiudicazione ad altri, da quelle altre situazioni che variamente possono atteggiarsi nelle differenti ipotesi nelle quali si profilino le due seguenti evenienze processuali: 1. la ricorrente che non abbia impugnato la sua esclusione censuri funditus le modalità di svolgimento della gara, svolgendo doglianze radicali e trancianti il cui accoglimento importerebbe l'annullamento della stessa procedura di gara con la conseguente attività rinnovatoria della stessa residuante sull'Amministrazione: sussiste in tal caso l'interesse strumentale a dolersi dell'illegittimo svolgimento di una gara che dovrà essere rinnovata, ridando ciò corpo alla chance di aggiudicazione a favore della ricorrente, veicolata dalla sua nuova partecipazione alla gara (Consiglio di Stato, Sez. V, 4 giugno 2008, n. 2629); 2. la ricorrente legittimamente esclusa e inattiva avverso la sua espulsione, impugna l'aggiudicazione ad altri riuscendo a dimostrare che nessun altro concorrente aveva titolo a partecipare alla gara o ad esserne aggiudicatario. Anche in tal caso è stato affermato sussistente l'interesse strumentale dello stesso ricorrente che non abbia censurato la sua esclusione (Consiglio di Stato, Sez. V, 11 maggio 2009, n. 2871).

Non è chi non veda che in ambedue le ricostruite ipotesi il risultato finale per il ricorrente escluso e inattivo avverso la sua espulsione sia il medesimo, posto che sia nel primo e più classico e palmare caso, connotato dall'interesse strumentale nella sua più pura percepibile configurazione, sia nel secondo, contrassegnato dalla circostanza che il ricorrente escluso ha dimostrato che nessun altro concorrente aveva titolo a partecipare alla gara e a divenirne aggiudicatario oltre al controinteressato illegittimamente beneficiario dell'impugnata aggiudicazione, riemerge un interesse strumentale di indiscutibile portata.

Aveva ritenuto il Collegio che in siffatta seconda fattispecie refluisse la vicenda processuale e l'iniziativa contenziosa esposta dalla Ricorrente Fiere, che aveva

provato che l'unico concorrente rimasto in gara, ossia la controinteressata, aveva illegittimamente conseguito l'aggiudicazione, stante la radicale difformità della fideiussione da esso prodotta alle prescrizioni tassative della legge di gara.

Ne sarebbe conseguito che la procedura avrebbe dovuto essere rinnovata ed esso vi avrebbe potuto prender parte.

E' stata quindi la raffinata elaborazione espressa dalla stessa V Sezione del Consiglio con la decisione dell'11.5.2009, pure citata nella parte motiva dell'Ordinanza 746/2009, a conformare la decisione che il Collegio ha assunto in sede deliberativa cautelare.

1.4. Nella presente fase di piena cognitio, procedendo all'approfondimento che la caratterizza, deve la Sezione rivedere la sua posizione ma non tanto per effetto della decisione del Consiglio di Stato, alla quale pure presta adesione, quanto in considerazione di un diverso profilo, non evidenziato neanche nelle memorie della resistente Fondazione, né in quella del controinteressato.

Intanto, de iure, la notazione contenuta nell'Ordinanza del Giudice d'appello, di riforma della decisione di primo grado, secondo la quale "in mancanza dell'impugnativa della propria esclusione dalla gara si allarga oltremodo l'interesse strumentale alla ripetizione della gara" va letta in parallelo con una recente sentenza della stessa V Sezione del Consiglio di opposto segno, che ha invece sancito il principio secondo cui anche l'impresa esclusa, che non abbia impugnato la sua esclusione, è legittimata a ricorrere ed ha interesse strumentale laddove impugni e contesti l'ammissione di tutti gli altri concorrenti ovvero deduca un vizio delle modalità di svolgimento della gara il cui accoglimento comporti annullamento dell'intera procedura di gara espletata. Il Consiglio, pur ribadendo che in linea di principio "il soggetto legittimamente escluso da una gara è privo di interesse a dolersi della mancata esclusione di altri concorrenti e dell'aggiudicazione in favore di terzi, dall'annullamento dei quali non trarrebbe alcun vantaggio

concreto” ha, peraltro, contestualmente sottolineato che “tuttavia, tale principio non è assoluto e va, quindi, adeguato alle specifiche evenienze del caso concreto, sicché è ravvisata la permanenza di interesse a ricorrere, nella tipologia di quello strumentale alla rinnovazione della gara, qualora il concorrente escluso contesti l'ammissione di tutti gli altri concorrenti ovvero deduca un vizio idoneo a travolgere in radice la procedura; ciò in quanto tali deduzioni, ove fondate, comporterebbero l'onere dell'amministrazione di indire una nuova gara alla quale il concorrente precedentemente escluso sia in grado di partecipare, con conseguente chance di divenirne aggiudicatario.”(Consiglio di Stato, Sez. V, 4 giugno 2008, n. 2629).

La fattispecie sottoposta al vaglio del Tribunale coincideva, prima della presentazione dei motivi aggiunti, con la prima delle due ipotesi derogatorie tratteggiate dal Consiglio nella riportata decisione, ossia con quella nella quale il concorrente escluso, nella specie l'attuale ricorrente, contesta l'ammissione di tutti gli altri concorrenti, che nella specie coincidono con il solo aggiudicatario Contrinteressata.

Per completezza espositiva va segnalato che l'ermeneusi appena riferita è stata non solo ribadita, ma dal Consiglio addirittura estesa e puntualizzata all'ipotesi del concorrente escluso e inattivo avverso la sua espulsione, che però dimostri che nessun altro concorrente aveva titolo a partecipare alla gara, avendo precisato, come già si è ricordato in sede cautelare, che “l'impresa legittimamente esclusa da una gara d'appalto in tanto può avere interesse, nell'ottica della rinnovazione della selezione, a contestare l'aggiudicazione ad altri dell'appalto, in quanto dimostri che nessun altro concorrente aveva titolo a parteciparvi e/o ad esserne aggiudicatario” (Consiglio di Stato, Sez. V, 11 maggio 2009 , n. 2871).

Al riguardo, già con l'Ordinanza n. 746/2009 il Collegio ha evidenziato come dalla fondatezza delle censure spese dal ricorrente scaturiva la prova dell'inidoneità del

controinteressato, unico concorrente rimasto in gara, a divenirne aggiudicatario. Ergo, appariva integrata la condizione definita dal Supremo consesso amministrativo ai fini del radicamento dell'interesse a ricorrere in capo alla ricorrente esclusa e non insorta contro la sua espulsione.

Ne consegue anche, sia detto per incidens, non può in alcun modo accettarsi l'assunto di critica mosso dalla difesa della Fondazione nei riguardi della decisione della Sezione, di cui a pag. 14 della memoria depistata il 21.10.2009, par. 10, a tenore del quale "il Tar Piemonte, muovendo dall'accoglimento di una nozione dell'interesse a ricorrere talmente dilatata da annullare il significato di questa condizione dell'azione". L'assoluta gratuità di siffatta affermazione è all'evidenza svelata dalla piena contezza che la Sezione ha dell'indirizzo ermeneutico, sopra ricostruito, espresso dallo stesso Consiglio di Stato nella direzione del riconoscimento dell'interesse strumentale del concorrente escluso che dimostri l'illegittimità dell'aggiudicazione all'unico concorrente rimasto in gara.

La Sezione non accredita pertanto, contrariamente a quanto asserito dalla difesa della Fondazione, alcuna nozione dell'interesse a ricorrere dilatata al punto da "annullare il significato di questa condizione dell'azione".

2.A. Approdando al merito delle azioni deve essere disposta d'ufficio la riunione dei ricorsi 993.09 e 1212, stante l'oggettivo nesso di pregiudizialità e connessione che astringe i medesimi in quanto con il secondo, che si prospetta pregiudiziale, è gravata l'esclusione della ricorrente e l'aggiudicazione ad altri e con il primo il provvedimento di aggiudicazione alla controinteressata, per vizi propri della scelta dello stesso come contraente, stante la dedotta violazione di alcune norme della stessa legge di gara.

Posta siffatta pregiudizialità logico – giuridica del ricorso 1212 è opportuno principiare la trattazione esaminando per primo tale ultimo ricorso. I relativi motivi saranno illustrati in appresso, in uno con il loro singolo scrutinio.

Tratto fattuale comune e preliminare all'esposizione di tutti i motivi è la circostanza che la ricorrente è stata esclusa per aver presentato una cauzione provvisoria di soli 100.000 euro mediante assegno circolare anziché fideiussione e per non avere prodotto anche l'impegno del fideiussore di rilasciare la garanzia definitiva nell'ammontare di dieci milioni prescritto dalla *lex specialis*.

2.1.1. Ebbene, con il primo motivo la deducente rubrica violazione dell'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 54, R.D. n. 127/1924 dolendosi dell'illegittimità della richiesta di produzione della cauzione provvisoria prima della presentazione dell'offerta di gara. L'art. 6.1 della lettera di invito, dunque, che imponeva la produzione del deposito cauzionale provvisorio di 100.000 euro prima della presentazione dell'offerta e, cioè, entro il 27.7.2009, importa un illegittimo aggravamento del procedimento e un'ingiusta restrizione della facoltà di partecipare alla procedura, infrangendo sia l'art. 75 del codice dei contratti che consente di richiedere la cauzione provvisoria solo contestualmente all'offerta, sia l'art. 54 del R.D. n. 827/1924 che legittima le Amministrazioni a domandare la cauzione a "coloro che contraggono obbligazioni verso lo Stato", ossia, in ultima analisi, agli aggiudicatari.

2.1.2. La censura evidenzia profili di fondatezza, già delibati nella sede cautelare e va pertanto accolta.

Va preliminarmente precisato che la legge di contabilità di Stato del 18.11.1923 n. 2440 e il relativo regolamento di cui al R.D. n. 827/1924 trovano applicazione all'attività contrattuale dello Stato e di ogni altro ente pubblico territoriale o istituzionale, come ha a più riprese espressamente o incidentalmente chiarito il Giudice amministrativo (Consiglio di Stato, Sez. V, 7 aprile 2006, n. 1893; T.A.R. Campania - Napoli, sez. I, 12 marzo 2007, n. 1781).

Nessun dubbio può al riguardo prospettarsi in ordine alla riconducibilità della resistente Fondazione al novero degli enti pubblici, quanto meno istituzionali, essendo composta da enti locali e territoriali dalla certa natura pubblica.

2.1.3. Ciò posto, va puntualizzato che l'art. 54 cit., sebbene disciplini la cauzione definitiva, è chiaro nel consentire l'imposizione della garanzia a coloro che contraggono obbligazioni con lo Stato (o gli altri enti pubblici), il che non permette di estendere e dilatare l'obbligo in parola fino ad involgere soggetti che non solo non sono identificabili a priori come interlocutori o controparti contrattuali dell'ente pubblico, ma neppure come offerenti.

Non pare, cioè, al Collegio legittimo anticipare la soglia dell'obbligo di produzione della cauzione a prima della presentazione della stessa offerta.

Irrefutabile elemento interpretativo a supporto dell'illustrata esegesi si rinviene nell'art. 75 del codice dei contratti, significativamente rubricato "garanzie a corredo dell'offerta", il quale al primo comma stabilisce che "l'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito".

La garanzia di cui al riportato primo comma è quella provvisoria, la quale non può essere imposta se non a corredo dell'offerta, come traspare da una lettura coordinata della norma e della sua rubrica.

Del resto, già la giurisprudenza contabile anni addietro ebbe a precisare che l'art. 54 in analisi sancisce la legittimità di imposizione del divisato obbligo a carico del contraente, facoltizzandola "a garanzia del corretto svolgimento del rapporto contrattuale e dell'adempimento delle obbligazioni assunte dall'altro contraente, in relazione alla qualità ed all'importanza del contratto" (Corte dei Conti, Sez. contr., 6 febbraio 1986, n. 1639).

Addirittura, in tempi più recenti, il Consiglio di Stato, nel delineare l'inscindibile nesso che contrassegna la cauzione provvisoria e l'offerta, ha avuto occasione di affermare che la garanzia costituisce non già un elemento a corredo dell'offerta, ma

parte integrante dell'offerta stessa: "la cauzione provvisoria costituisce parte integrante della offerta e non elemento di corredo della stessa, che la stazione appaltante possa liberamente richiedere" (Consiglio di Stato, Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746).

Deve pertanto escludersi che possa predicarsi la legittimità di un obbligo di produzione della cauzione antecedentemente alla presentazione dell'offerta.

2.2. Ritiene pertanto la Sezione che la cauzione provvisoria non può essere richiesta in momenti antecedenti la presentazione dell'offerta, data che segna il termine non prima del quale i concorrenti possono essere richiesti di corredare le loro iniziative contrattuali con la P.A. della garanzia provvisoria.

La ratio di siffatta impossibilità risiede all'evidenza anche nell'inutilità, per la stessa amministrazione procedente, di un deposito cauzionale effettuato da un oggetto che non rivesta neanche la qualità di partecipante alla gara, che si acquista solo con la presentazione dell'offerta di gara.

E' pertanto illegittimo l'art. 6.1. della lettera di invito per violazione degli artt. 54, R.D. n. 827/1924 e 75 del d.lgs. n. 163/2006 nella parte in cui prescrive la produzione della cauzione definitiva prima della presentazione della proposta contrattuale da parte dei concorrenti.

3.1. Con il quarto motivo, che conviene trattare ora e congiuntamente al motivo A.2.1., per la sua assonanza con quello appena vagliato, la ricorrente censura sempre l'art. 6.1 della lettera di invito per contrasto con le medesime appena esaminate norme di fonte primaria ma stavolta sotto il profilo della violazione del limite del 2% fissato dall'art. 75 del Codice. Lamenta al riguardo che la procedura di gara aveva un importo a base d'asta di soli € 2.100.000 ma veniva richiesta una cauzione provvisoria di € 100.000, che sono pari al 4,76% della base di gara, ossia a più del doppio di quanto richiesto dalla legge in materia di appalti.

Con il motivo A.2.1 la censura di sproporzione dell'importo della garanzia e di difetto di motivazione, veicolata anche dalla dedotta violazione dell'art. 113 del d.lgs. n. 163/2006, è diretta contro quella definitiva, che è stata richiesta in 10 milioni di euro a fronte di una base d'asta di soli 2 milioni e 100.000. Per la deducibile la cauzione definitiva non può comunque superare il 10% dell'importo di gara.

3.2. Ambedue le censure si prestano ad essere positivamente considerate e vanno accolte.

Intanto, come già spiegato con l'Ordinanza cautelare n. 947/2009, il parametro normativo cui la Sezione farà riferimento, e che è rappresentato dagli artt. 75 e 113 del codice dei contratti, è reso direttamente applicabile alla gara per cui è controversia dalla stessa *lex specialis*.

Invero, il punto 6.2 della lettera di invito stabilisce che la scheda tecnica secondo la quale poteva essere presentata la cauzione definitiva – scheda, peraltro, contemplata dal D.M. n. 123/2004 attuativo delle norme sulle garanzie nelle gare pubbliche poi trasfusa nell'art. 113 del Codice – avrebbe dovuto essere “opportunamente integrata con le modifiche apportate dal D.lgs. n. 163/2006 e s.m.i”.

Siffatta formula e locuzione di rinvio costituisce un chiaro e indiscutibile richiamo delle disposizioni dell'art. 113 del Codice dei contratti. Ne consegue la sicura applicabilità alla gara sia di quest'ultima norma che dell'art. 75 del Codice dedicato alla cauzione provvisoria.

3.3. Orbene, con specifico riguardo alla prima delle riassunte censure, indirizzata contro la misura della cauzione provvisoria, rammenta il Collegio che l'art. 75, comma 1 del d.lgs. n. 163/2006, di cui fondatamente la ricorrente deduce l'infrazione, stabilisce che “l'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito”.

Non v'è margine di incertezza e dubbio nell'imperatività del riportato disposto codicistico, conseguendone che a fronte di una base di gara di 2.100.000 euro, poteva essere richiesta la produzione di una cauzione provvisoria pari a soli € 42.000, che costituiscono il 2% della base d'asta, ammissibile a norma del codice dei contratti.

Si prospetta pertanto ingiustamente gravatoria la richiesta di una garanzia provvisoria pari ad oltre il doppio del cennato limite del 2%.

A parere del Collegio è dunque fondata la doglianza di violazione del tetto del 2% per avere la P.A. richiesto di produrre una garanzia provvisoria di misura pari al 4,76% dell'importo a base di gara.

3.4. Del pari fondata è la più rilevante e consistente censura, svolta al motivo A.2.1, nel quale la deducente lamenta che la cauzione definitiva è stata richiesta in 10 milioni di euro a fronte di una base d'asta di soli 2 milioni e 100.000. Per la deducente la cauzione definitiva non può comunque superare il 10% dell'importo di gara ed è violato l'art. 113 del codice che contempla detta ultima misura percentuale.

Si è più sopra illustrata la ragione di applicabilità diretta dell'art. 113 del d.lgs.163/2006 alla gara all'esame. Basti qui solo riportare il disposto dell'art. 113, comma 1 del Codice, a termini del quale "l'esecutore del contratto è obbligato a costituire una garanzia fideiussoria del 10 per cento dell'importo contrattuale".

Nella narrativa in fatto la deducente lamenta di non essersi riuscita a procurare nei soli 15 giorni lavorativi che la celerità impressa dalla Fondazione al procedimento censurato aveva imposto, l'impegno di un fideiussore a rilasciare una cauzione definitiva di ben 10 milioni di euro.

Pare dunque al Collegio evidente che se l'importo della stessa fosse stato legittimamente contenuto in 210.000 euro, ossia nel consentito 10% di quello

contrattuale, presumibilmente la ricorrente si sarebbe procacciata l'impegno la cui omissione ha costituito una delle ragioni della sua impugnata esclusione.

Dal che discende anche la pregnanza e la persistenza dell'interesse a ricorrere della Ricorrente Fiere, che il Tribunale deve sempre d'ufficio acclarare fino al momento della decisione della causa.

Illegittimamente, dunque, a parere della Sezione, la cauzione definitiva è stata richiesta in un importo così sproporzionato rispetto a quello a base della competizione.

3.5.1. Siffatta notazione dà la stura all'ulteriore deduzione svolta dalla deducente, ossia l'argomento per il quale, quantunque non si dovesse ritenere applicabile alla gara all'esame il disposto vincolistico dell'art. 113 del Codice, quella misura della garanzia (10%) dovrebbe comunque costituire un proficuo parametro di riferimento, apparendo conseguentemente abnorme la richiesta di una cauzione definitiva pari al 476,19% della base d'asta.

3.5.2. La tesi possiede il pregio della persuasività e va quindi accolta.

A tacere dell'illustrata pacifica applicabilità alla fattispecie dell'art. 113 del codice, va peraltro rimarcato che quand'anche della norma in discorso non dovesse, per ipotesi, predicarsi l'applicazione al caso posto all'attenzione del Collegio, discende dai principi di proporzionalità scolpiti all'art.1, comma 1 della L. n. 241/1990 e allo stesso art. 2, comma 1 del d.lgs. n. 163/2006, che non può un'Amministrazione richiedere ai partecipanti ad una pubblica gara di prestare cauzione definitiva in misura sproporzionata rispetto all'importo a base d'asta.

Non è chi non colga, invero, la manifesta sproporzione e illogicità della richiesta di una cauzione di 10 milioni di euro a garanzia dell'esatto adempimento – tale è la funzione della cauzione definitiva – di obbligazione di acquisto di quote sociali di soli 2 milioni e 100 mila euro.

Segnala il Collegio che la giurisprudenza di prime cure ha già avuto modo di precisare che la cauzione deve essere raccordata “alla qualità ed importanza del contratto; sicché il rapporto intercorrente tra tali elementi e la misura della cauzione deve rispondere a criteri di logicità e congruità”.(T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. III, 26 luglio 2002, n. 3236).

3.6. Non va neppure sottaciuto, come del resto già indicato in sede cautelare, che la riprova dell'esattezza di quanto qui sostenuto è offerta dalla stessa Amministrazione, la quale, in corso d'opera, dopo avere aggiudicato definitivamente la gara alla controinteressata, nello schema di convezione approvato con la delibera di aggiudicazione stessa – fatta oggetto dei secondi motivi aggiunti – ha ridotto del 40% al solo aggiudicatario la predetta cauzione definitiva, portandola dagli originari 10.000.000 richiesti ex ante a tutti i concorrenti, a 6.000.000 di euro, com'è dimostrato dal doc. 62 della Fondazione prodotto il 2.12.2002 (pag. 2, ad finem).

Nessuna ragionevole spiegazione è ipotizzabile a siffatta riduzione della garanzia definitiva, che non sia la ingiustificata sproporzione della misura della stessa rispetto alle verosimili esigenze dell'Amministrazione.

Anche il motivo in scrutinio si profila persuasivo e merita quindi di essere accolto.

4.1.1. Vanno ora scrutinati anche i motivi A1.3. e A.1.5 con i quali la Ricorrente Fiere denuncia ancora la violazione dell'art. 54 dal R.D. n. 827/1924 da parte dell'art. 6.1. della lettera di invito per avere essa escluso la facoltà per i concorrenti di presentare la cauzione provvisoria mediante assegno circolare, il quale costituisce ordinario mezzo di pagamento.

La censura si presta a positiva considerazione e va accolta.

Come già diffusamente motivato nella sede deliberativa cautelare, il Consiglio di Stato ha avuto occasione di precisare che l'assegno circolare “a differenza dell'assegno bancario, costituisce un ordinario strumento di pagamento, in tutto e

per tutto equivalente al versamento in contanti delle somme dovute” (Consiglio di Stato, Sez. IV, 28.4.2006, n. 2399; Cons. di Giust. Amm. Reg. Sic., n. 328/2000).

Non può dunque seguirsi la tesi dell'Amministrazione, che sul punto oppone che l'assegno circolare riduce la libertà di azione della stazione appaltante, poiché a norma della legge speciale in materia di assegni, deve essere incassato entro trenta giorni dalla sua emissione, non potendo quindi adeguatamente adempiere alla sua funzione di garanzia.

4.1.2. L'argomento va disatteso. Come già accennato con l'Ordinanza 947/2009, infatti, deve debitamente considerarsi che, da un lato, l'avvenuta emissione dell'assegno circolare integra effettiva disponibilità della somma, dall'altro che il termine di trenta giorni sancito dalla legge sugli assegni per l'incasso del titolo de quo, non impedisce alla stazione appaltante di porre il titolo all'incasso ai soli fini di tenere la relativa somma vincolata in garanzia per tutto il tempo prescritto, senza peraltro utilizzarla.

Del resto non va sottaciuto che anche ove la somma de qua venga messa a disposizione della s.a. in numerario, ciò che rileva è che essa sia nella disponibilità e piena proprietà dell'Amministrazione, la quale può utilizzarla per gli scopi di pubblico interesse affidati alle sue cure anche in un momento successivo al passaggio di proprietà della stessa nella sfera della P.A. e solo al verificarsi della condizione ai cui fini è apprestato dall'ordinamento l'obbligo di produrre la cauzione.

Non si coglie pertanto la differenza tra il caso di una somma di denaro in contanti, passata illico et immediate nella sfera di disponibilità dell'Amministrazione all'atto della dazione della garanzia e il caso di un assegno circolare incassato, ossia tramutato in danaro liquido: in ambedue i casi, invero, consta una determinata somma di danaro nella disponibilità della stazione appaltante, la quale sarà arbitra

di impiegarla per gli scopi pubblici di cui è depositaria, come e quando lo riterrà opportuno.

4.2. Giova in argomento anche richiamare, a scopi ricostruttivi e di teoria generale del diritto commerciale, l'insegnamento di autorevole dottrina civilistica che afferma in una risalente trattazione manualistica di indiscusso rilievo scientifico, che la funzione dell'assegno, a differenza di quella della cambiale, è precisamente quella di pagare senza spostamento di valuta, conseguendone che strumento di credito in senso economico è la cambiale, là dove strumento di pagamento in senso economico è l'assegno.

Tanto che, anche un assegno bancario, che recasse una data di emissione posteriore di più di quattro gironi a quella dell'emissione effettiva e non giustificata dal tempo necessario a far pervenire il titolo al destinatario, oppure emesso con data in bianco, perderebbe la funzione di mezzo di pagamento e acquisterebbe praticamente quella di uno strumento di credito in senso economico, cioè quella di una cambiale e andrebbe soggetto quindi all'imposta di bollo proporzionale delle cambiali (art. 121, R.D. 21.12.1933, n. 1736).

Anche la Corte di Cassazione afferma da anni che l'assegno circolare estingue l'obbligazione, anche in assenza di apposito accordo tra le parti, "atteso che detto assegno costituisce un mezzo di pagamento e non sussiste alcun pericolo di mancanza della provvista presso la banca obbligata al pagamento" (Cassazione Civile, Sez. III, 19 dicembre 2006, n. 27158).

4.3. Ritiene pertanto la Sezione di dover affermare, in linea con la Decisione n. 2399/2006 del Consiglio di Stato, che laddove in una gara pubblica sia prescritto di presentare la cauzione provvisoria, questa possa essere validamente presentata, anche in difetto di apposita previsione di detta facoltà nella lex specialis, mediante assegno circolare, il quale costituisce ordinario strumento di pagamento, conferendo all'amministrazione la certezza della disponibilità della relativa somma.

Segnala il Collegio che la giurisprudenza di primo grado si è già posta sulle tratteggiate coordinate ermeneutiche, avendo precisato che “Nelle gare d'appalto per lavori pubblici, le imprese partecipanti possono prestare la cauzione provvisoria mediante assegno circolare, nonostante tale possibilità non sia espressamente contemplata dall'art. 30 l. 11 febbraio 1994 n. 109”.(T.A.R. Sicilia - Palermo, Sez. II, 5 giugno 2003, n. 893; in terminis, a differenza che in relazione all'assegno bancario, T.A.R. Puglia - Bari, Sez. I, 16 aprile 2003, n. 1709; T.A.R. Campania - Napoli, Sez. I, 22 febbraio 2001, n. 864).

I motivi A1.4. e A1.5. in analisi si configurano quindi fondati e vanno pertanto accolti, dovendosi annullare l'esclusione dalla gara della ricorrente Ricorrente Fiere per avere prodotto quale cauzione provvisoria un assegno circolare.

5.1. L'ultimo motivo che il Collegio ritiene utile scrutinare, potendosi assorbire gli altri, è il motivo A.1.6 e attiene all'omessa effettuazione delle operazioni di riscontro della presenza del deposito cauzione nella documentazione fatta pervenire dai concorrenti, in seduta pubblica. Lamenta la deducente che l'art. 14, pagg. 15 e 16 della lettera di invito stabiliva che alla verifica dell'esistenza del deposito cauzionale si sarebbe provveduto in pubblico, laddove la Fondazione avrebbe aperto le buste contenenti la cauzione provvisoria in seduta segreta il 28 luglio, molto prima della presentazione delle offerte.

La doglianza è indubitevolmente fondata.

Già nella sede cautelare la Sezione aveva denotato l'imperatività della prescrizione di cui all'art. 14 della lettera di invito, pag. 15-16, secondo cui l'apertura del deposito cauzionale – costituente a ben veder l'impegno più rilevante per i partecipanti - doveva avvenire in una data appositamente comunicata alle imprese partecipanti, mentre detta apertura è avvenuta in segreto il 28 luglio, prima dell'apertura delle offerte. Invero, l'art. 14 della lettera di invito (doc. 4 ricorrente, pagg. 15-16) dispone che “l'Autorità di Gara, aperti i lavori in seduta pubblica,

innanzi ai rappresentanti dei concorrenti muniti di opportuna delega verificherà: la tempestività del pervenimento del deposito cauzionale ad opera dei soggetti invitati che hanno fatto pervenire offerta”.

Viceversa, il verbale del 28.7.2009 (Doc. 1 ricorrente) attesta che in quella data, senza la previa comunicazione ai concorrenti e senza quindi che alcuno di essi fosse presente, come invece quanto al primo adempimento imponeva e quanto alla seconda evenienza consentiva l'art. 14 della lettera di invito si è riunita la commissione alla sola presenza del prof. Di Chio e dell'Avv. S. Rostagno, legali della Fondazione. L'oggetto della seduta è chiaramente riportato alla prima pagina del verbale come apertura del plico recante la cauzione. La commissione ha quindi riscontrato che la deducente aveva prodotto l'assegno circolare, dichiarato “irricevibile” e perciò l'ha estromessa dalla competizione.

5.2. Ritiene il Collegio che l'esclusione della ricorrente e la complessiva attività di riscontro dell'allegazione del deposito cauzionale sia stata effettuata in violazione dei principi che governano le gare pubbliche tutte, scolpiti all'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006, tra i quali campeggia quello di trasparenza, a cui afferisce, come la Sezione ha già precisato (T.A.R. Piemonte, Sez. I, 14.1.2009, n. 82), l'obbligo di procedere con le operazioni di gara in seduta pubblica.

La giurisprudenza ha più volte precisato il carattere di principio generale dell'obbligo di effettuare in seduta pubblica l'apertura dei plichi e il riscontro della documentazione ivi contenuta, affermando che “Il principio della pubblicità delle sedute di gara per la scelta del contraente trova immediata applicazione in ogni tipo di gara, indipendentemente da un'espressa previsione da parte della lex specialis di gara, costituendo una regola generale riconducibile direttamente ai principi generali di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., almeno per quanto concerne la fase di verifica dell'integrità dei plichi contenenti la

documentazione amministrativa e l'offerta economica e la relativa apertura”(T.A.R. Lazio - Roma, Sez. II, 9 luglio 2008, n. 6478).

Su tale linea ermeneutica è stato anche autorevolmente puntualizzato, nel sottolineare la generale cogenza del principio in parola al di là di specifiche previsioni di esso nella legge di gara, che “è principio inderogabile in qualunque tipo di gara quello secondo cui devono svolgersi in seduta pubblica gli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta, sia che si tratti di documentazione amministrativa che di documentazione riguardante l'offerta tecnica ovvero l'offerta economica, e conseguentemente è illegittima l'apertura in segreto dei plichi. Il predetto principio di pubblicità delle gare pubbliche impone che il materiale documentario trovi correttamente ingresso con le garanzie della seduta pubblica; ciò anche in applicazione del più generale principio di imparzialità dell'azione amministrativa, che ha ricevuto esplicito riconoscimento sin dall'art. 89, r.d. 23 maggio 1924 n. 827”(Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856).

Più di recente il Giudice di prime cure, rifacendosi alla ricordata giurisprudenza, ha ribadito che “Il principio della pubblicità delle sedute di gara per la scelta del contraente trova immediata applicazione in ogni tipo di gara, indipendentemente da un'espressa previsione da parte della lex specialis, costituendo una regola generale riconducibile direttamente ai principi generali di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., almeno per quanto concerne la fase di verifica dell'integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica e la relativa apertura” (T.A.R. Toscana, Sez. I, 3 febbraio 2010, n. 184).

Che l'obbligo della trasparenza, imponente la necessaria presenza del pubblico, sia stato assunto anche dalla resistente Fondazione a principio generale cogente, è del resto, dimostrato dall'espressa sanzione di esso all'art. 14 della lettera di invito.

Ciononostante l'Amministrazione lo ha violato, infrangendo oltre che un principio generale, una norma speciale che essa stessa si era data auto vincolando la sua discrezionalità.

Ne consegue che il verbale di gara e la relativa esclusione della ricorrente per avvenuta presentazione quale deposito cauzionale, dell'assegno circolare, sono illegittimi per violazione dell'art. 14 della lettera di invito e dell'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006 e del consustanziato principio generale del trasparenza e pubblicità delle operazioni di gara.

Il motivo in analisi va quindi accolto e va anche per tale profilo annullata l'esclusione della ricorrente Ricorrente Fiere.

In definitiva, in accoglimento del ricorso 1212.2009 va disposto l'annullamento del provvedimento di esclusione della ricorrente e di quello contestuale di aggiudicazione disposto a favore della controinteressata, quanto meno per effetto dell'accoglimento della censura tranciante e invalidante l'intera procedura, relativa all'avvenuto riscontro in seduta privata della produzione del deposito cauzionale.

6.1. Vanno peraltro esaminati anche i motivi aggiunti interposti dalla ricorrente.

I primi, depositati il 3.12.2009 possono essere assorbiti siccome superati dai successivi, i quali ripropongono la censura centrale esposta con i primi.

Ebbene, con atto depositato l'11.12.2009 la ricorrente gravava l'aggiudicazione definitiva, di cui era venuta medio tempore a conoscenza, pronunciata a favore della controinteressata, l'art. 4 della lettera di invito e domandava altresì la declaratoria di nullità o inefficacia del contratto di cessione delle quote sociali stipulato tra la Fondazione e Get Live 2 s.r.l.

La Sezione, come avvertito in fatto, ha già deliberato la fondatezza del gravame con l'Ordinanza cautelare n. 978/2009. Quella valutazione va qui ribadita e arricchita di ulteriori notazioni motive

Oltre all'illegittimità derivata, la ricorrente rubrica violazione dell'art. 76 del d.lgs. n. 163/2006 e del principio della par condicio, lamentando che la s.a avrebbe accettato talune varianti di offerta proposte dalla controinteressata, in attuazione dell'art. 4, impugnato, della lettera di invito che legittimava offerte peggiorative per i siti CEP e PRA previa bilanciamento dell'offerta economica e in generale ammetteva varianti in dipendenza dei chiarimenti resi nel documento di cui all'allegato E.

La ricorrente assume l'illegittimità dell'accoglimento delle varianti, invocando la giurisprudenza, nota alla Sezione, limitativa delle varianti migliorative, che richiede che esse siano effettivamente tali e non alterino i c.d. requisiti minimi delle prestazioni richieste dalla lex specialis. Nel caso all'esame sarebbero state proposte ben 21 varianti, tutte peggiorative.

In dettaglio, con il motivo B1a si censura che il provvedimento recante l'aggiudicazione definitiva approva una modifica all'art. 20 dello schema di convenzione riducendo l'importo della cauzione richiesta da 10 milioni a 6 milioni di euro per il solo aggiudicatario, in tal modo privando l'amministrazione della garanzia pari alla differenza tra i due predetti importi.

6.2.1. La censura è fondata sia in fatto che in diritto. In punto documentale rileva il Collegio che il doc. 62 dell'Amministrazione, recante l'aggiudicazione del 16.11.2009, nell'approvare talune modifiche alla bozza di convenzione stipulanda con l'aggiudicataria, a pag. 2 contiene una rilevante deviazione dalle regole fissate ex ante in sede di lex specialis, incidendo quella che ha dato la stura ad uno dei motivi più rilevanti del ricorso R.G. 1212/2009 appena scrutinato, ossia la regola circa l'importo della cauzione definitiva, stabilito nella legge di gara in 10 milioni di euro.

Ebbene, la delibera qui gravata stabilisce una "modificazione del testo dell'art. 20, 1°, 3°, 4°, 5° periodo, dello schema di convenzione, come segue: Il Concessionario è

chiamato a prestare cauzione definitiva che rimane stabilita in ragione di € 6.000.000 (seimilioni)”.

Non si richiede un particolare sforzo esegetico per predicare l’illegittimità di questa modifica dell’importo della cauzione definitiva che era stabilito nella legge di gara, ossia nell’art. 20 dell’originario schema di convenzione messo a disposizione di tutti i partecipanti, in 10 milioni e che ora invece è ridotta a 6 milioni.

6.2.2. Una modifica del genere altera sensibilmente l’equilibrio della competizione e infrange la par condicio e il principio di tutela dell’affidamento, poiché introduce a beneficio del solo aggiudicatario ed ex post, una consistente modifica di una delle più rilevanti condizioni della gara espletata, ossia l’importo della cauzione. La ricorrente ha dichiarato di non aver potuto nei soli quindici giorni concessi dalla S.p.A. per presentare offerta, procurarsi una garanzia di così elevato importo; tale esosa condizione viene poi in corso d’opera rilevantemente corretta e ridotta a beneficio del solo aggiudicatario, vulnerando la par condicio competitorum.

Va pure soggiunto che, come già accennato nella sede cautelare, non ricorrevano nella vicenda al vaglio del Tribunale le condizioni poste dall’art. 20 dello schema di convenzione per addivenire ad una rideterminazione dell’importo della garanzia, poiché la norma consentiva questa rideterminazione “in via percentuale nella misura in cui intervengano variazioni ai sensi dell’art. 9 o dell’art. 24” stesso schema.

Ma tali norme contemplano ipotesi assolutamente non ricorrenti nel caso di specie, riferendosi l’art. 9 al caso della distruzione totale o parziale del sito e il 24 al caso del recesso dal contratto, consentendo in tali evenienze, secondo le regole civilistiche sul contratto di assicurazione (artt. 1895 – 1897 c.c.), che l’importo della garanzia venga rideterminato in ragione di eventi concernenti il bene garantito o il rischio assicurato.

L'adottata e approvata modifica in diminuzione dell'importo della cauzione definitiva è pertanto illegittima e essa sola importerebbe l'annullamento dell'intero impugnato provvedimento di aggiudicazione, stante la portata tranciante della censura.

7.1. Ritiene peraltro il Collegio opportuno esaminare anche il motivo aggiunto B1c, con il quale la deducente lamenta che il provvedimento di aggiudicazione impugnato ha importato, nel quadro delle varianti accettate, la diminuzione delle materie per cui è richiesto il consenso degli amministratori espressi dalla Fondazione.

La delibera gravata accetta, infatti, la modifica dell'art. 3 dei patti parasociali e modifica il novero delle materie sulle quali il Consiglio di amministrazione della Fondazione delibera a maggioranza dei tre quarti, quindi col consenso degli amministratori di nomina pubblica.

Viene proposta dalla controinteressata ed accettata dall'amministrazione, l'eliminazione da quell'elenco, delle seguenti materie importanti: approvazione del progetto di bilancio, approvazione del budget preventivo, dei documenti di programmazione e del piano industriale e finanziario della società e si precisa che le decisioni su dette materie vengono assunte a maggioranza semplice, la quale è formata dagli amministratori nominati dal socio privato.

Siffatta modifica era stata ritenuta non consentita dalla risposta al quesito n. 12 del 16.7.2009.

Riscontra in primo luogo in fatto il Collegio la fondatezza della doglianza, poiché nel provvedimento di aggiudicazione del 16.11.2009 impugnato, a pag. 5 risulta "Art. 3 – Correzione al fine di non far rientrare nella maggioranza qualificata "l'approvazione del progetto di bilancio di esercizio, approvazione del budget preventivo, dei documenti di programmazione e del piano industriale e finanziario della società". Segue poi il nuovo testo della norma modificata, il quale all'ultimo

comma, nell'indicare le materie nelle quali la votazione è assunta a maggioranza semplice, annovera le suddette materie economiche afferenti ai piani industriali e al bilancio e al budget preventivo.

Per contro, tra i quesiti cui la P.A. forniva risposta il 16.7.2009 (doc. 3 ricorrente) a pag. 4 consta il quesito 12 con cui si domandava se fosse possibile proporre integrazioni alla norma parasociale che prevede l'unanimità per le delibere del CdA inerenti il piano industriale, il budget preventivo "ed in generale tutte le decisioni attinenti la gestione industriale e commerciale della società".

Ebbene, la risposta della Fondazione era nel senso che "La proposta non può essere accolta dal momento che modifica la governance e impedisce ai consiglieri designati dal socio pubblico di esercitare quelle funzioni di controllo e di vigilanza propri del ruolo di consiglieri di minoranza preposti alla tutela degli interessi del patrimonio pubblico oggetto della concessione".

7.2. Da quanto precede discende la patente violazione con il provvedimento impugnato, di una norma e di una regola di condotta che la Fondazione si era data in via generale ed astratta escludendo che le eventuali proposte in variante dei concorrenti potessero vulnerare il ruolo di controllo e vigilanza ritagliato dai patti parasociali a favore dei consiglieri di nomina pubblica, espressione della minoranza e depositari della cura dell'interesse alla tutela del patrimonio pubblico oggetto della concessione.

Risulta pertanto assistita da tratti di severa e sicura fondatezza la doglianza di violazione della par condicio e della lex specialis svolta con il motivo in analisi, il quale va accolto con conseguente ulteriore ragione di annullamento della disposta e impugnata aggiudicazione definitiva.

In definitiva, sulla scorta delle argomentazioni finora svolte il ricorso R.G. 1212/2009 e i relativi motivi aggiunti si profilano fondati e vanno accolti con

annullamento sia dell'esclusione della ricorrente che dell'aggiudicazione a favore della controinteressata.

8. La domanda di declaratoria di nullità o inefficacia del contratto medio tempore stipulato è oggetto di regolamento preventivo di giurisdizione presentato dall'Amministrazione.

Il Collegio lo ritiene non manifestamente infondato e deve pertanto limitare la sua decisione alla sola domanda cassatoria di annullamento dei provvedimenti impugnati, affidando alle Sezioni Unite della Suprema Corte la soluzione del conflitto di giurisdizione.

Per quanto, alla data di redazione della presente decisione è stata resa nota la fondamentale Ordinanza 10.2.2010 n.2906 della Suprema Corte, con la quale l'organo regolatrice della giurisdizione ha compiuto un significativo atteso revirement rispetto alle decisioni del dicembre 2007 statuendo che questo Giudice ha giurisdizione anche in ordine agli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione e può quindi pronunciare anche l'annullamento o la caducazione o la perdita di effetti del contratto sorto sulle ceneri di un'illegittima e demolita aggiudicazione.

Quanto al Ricorso R.G. 993.09.

1.1. La portata dirimente delle censure e del relativo accoglimento finora illustrate, poiché involgenti in radice l'intera gara oltre che il provvedimento di esclusione della ricorrente e di aggiudicazione definitiva alla controinteressata, consentirebbe anche al Collegio di non procedere allo scrutinio del ricorso R.G. 993.09 e di dichiararlo improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

Tuttavia, la rapida definizione di almeno uno dei motivi del medesimo induce questo Giudice a pronunciare anche su tale azione demolitoria.

1.2. Orbene, il ricorso in analisi è diretto contro il provvedimento di ammissione alla gara della controinteressata.

Con il primo assorbente motivo la Ricorrente Fiere rubrica violazione dell'art. 6 della lettera di invito, lamentando che la Contrinteressata dovesse essere esclusa per non aver fornito la garanzia richiesta a pena di esclusione dall'art. 6.2. della stessa lettera.

Quest'ultimo punto della legge di gara stabiliva che il documento comprovante la costituzione della fideiussione dovesse contenere "a pena di esclusione (...) l'impegno del fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva di cui all'art. 20 dello schema di convenzione" il quale disponeva a sua volta che "il concessionario è chiamato a costituire cauzione definitiva che rimane stabilita in ragione di € 10.000.000 (dieci milioni)".

Dal verbale del 28.7.2009 versato in atti risulta che l'autorità di gara, aperta la busta fatta pervenire dalla Contrinteressata controinteressata, riscontrava che il testo della fideiussione prodotta da quest'ultima "corrisponde integralmente a quanto contenuto nel paragrafo 6 della lettera di invito ed ha per oggetto tutte le prescritte obbligazioni fideiussorie", ragion per cui la predetta impresa veniva ammessa alla gara.

La ricorrente ha invece prodotto (doc. 11) la polizza fideiussoria presentata dalla controinteressata, che non reca il richiesto impegno del fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva per un importo di 10 milioni, ma unicamente l'impegno del garante "a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 113 del D. Lgs. 163/2006", ossia per il 10% dell'importo a base d'asta, pari a soli € 210.000.

1.3. La doglianza, già deliberata fondata con l'Ordinanza cautelare n. 746/2009, coglie nel segno e va pertanto accolta.

E' chiaro il contrasto tra l'art. 6.2. e l'art. 20 dello schema di convenzione e il testo dell'impegno del fideiussore risultante dalla polizza prodotta dalla controinteressata e contenuta nel doc. 11 di parte ricorrente versato in atti.

Ritiene qui il Collegio di dover soltanto soggiungere che il riportato rinvio contenuto nell'impegno del fideiussore "a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 113 del D. Lgs. 163/2006", non fa che precisare i contorni del generico impegno enunciato nel capoverso immediatamente precedente del doc. 11 recante la fideiussione, a garantire "l'esatto adempimento delle obbligazioni assunte" con la garanzia.

Emerge, pertanto, con cristallina chiarezza che il garante della Controinteressata ha delimitato e circoscritto il suo intervento in caso di infrazione o di inesatto adempimento, da parte dell'aggiudicatario, delle obbligazioni derivanti dal contratto stipulando, alla misura della cauzione definitiva fissata dall'art. 113 del Codice, ossia al 10% dell'importo a base di gara, pari a € 210.000.

E' dunque integrata da parte dell'aggiudicatario la violazione della clausola di *lex specialis*, assistita dall'espressa sanzione espulsiva, che obbligava i concorrenti a presentare un impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia definitiva per l'importo, esorbitante, del 10 milioni di euro.

La censura di cui al primo motiva si prospetta conseguentemente fondata e va accolta, dovendosi disporre l'annullamento del provvedimento di ammissione alla gara della controinteressata Controinteressata.

Va senza dirlo, d'altronde, che il giudizio di illegittimità della riportata norma della *lex specialis*, per aver stabilito e richiesto ai concorrenti di presentare una cauzione definitiva di importo abnorme rispetto a quanto richiesto dall'art. 113 del d.lgs. n. 163/2006 e dal principio di proporzionalità definito all'art. 2, comma 1 stesso codice, giudizio operato dal Collegio in riferimento al ricorso R.G. n. 1212/2009 interposto dalla Ricorrente Fiere, non può all'evidenza ridondare positivamente nella sfera giuridica della controinteressata e indurre a ritener comunque legittima la sua ammissione alla gara malgrado l'inosservanza del divisato obbligo di produrre una sì elefantiaca garanzia definitiva.

I limiti soggettivi del giudicato di annullamento ostano infatti all'estensione di un simile beneficio a favore della controparte della ricorrente.

In definitiva, come già deliberato nella sede cautelare, anche il ricorso R.G. n. 993/2009 si profila fondato e, in virtù dell'accoglimento dell'assorbente primo motivo più sopra scrutinato, deve essere accolto con annullamento del provvedimento di ammissione alla gara della controinteressata, contenuto nel verbale del 28.7.2009 impugnato.

Le pronuncia sulle spese del presente giudizio, per entrambi i ricorsi, può essere differita alla sentenza definitiva, che sarà resa a seguire alla decisione della Corte regolatrice sull'interposto regolamento preventivo di giurisdizione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte – Prima Sezione – parzialmente pronunciando sui riuniti ricorsi in epigrafe e relativi motivi aggiunti, li accoglie tutti e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati, tra cui l'ammissione alla gara della Contrinteressata, l'esclusione della ricorrente e l'aggiudicazione definitiva a favore della controinteressata.

Spese al definitivo.

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

Così deciso in Torino nella Camera di Consiglio del giorno 28/01/2010 con l'intervento dei Magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Richard Goso, Primo Referendario

Alfonso Graziano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/03/2010

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

IL SEGRETARIO