

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 07/09/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37341-cauzione-provvisoria-e-requisiti-presentazione-concernono-elementi-essenziali-dell-offerta>

Autore: Lazzini Sonia

**cauzione provvisoria e requisiti presentazione concernono
elementi essenziali dell'offerta**

la cauzione provvisoria e i requisiti di presentazione concernono elementi essenziali dell'offerta che ben possono essere dettagliati dalle stazioni appaltanti o dall'Autorità indipendente di settore (decisione numero 2916 del 15 giugno 2015 pronunciata dal Consiglio di Stato)

Sonia Lazzini

In ordine logico è prioritario l'esame del ricorso principale di primo grado basato su un unico complesso motivo (pagine 5 – 10) in cui si sostiene che: I) il disciplinare di gara, e in particolare gli artt. 8 e 11, non hanno imposto a pena di esclusione che nella busta A venisse acclusa oltre che la cauzione provvisoria, anche la certificazione di qualità legittimante il dimezzamento dell'importo della garanzia; II) l'art. 12 del disciplinare ha previsto che le certificazioni di qualità siano inserite nella busta B relativa all'offerta tecnica; III) in ogni caso la clausola del bando che avesse previsto un tale adempimento, sotto comminatoria di espulsione, sarebbe nulla per contrasto col principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, co.1 bis, d.lgs. n. 163 del 2006, in quanto l'art. 75, comma 7, del medesimo decreto – che disciplina il dimezzamento dell'importo della cauzione ed i suoi presupposti - non ha previsto la sanzione espulsiva; IV) la polizza fideiussoria presentata in gara (in particolare art. 3), dimostrava che il garante aveva già effettuato un riscontro sul possesso dei requisiti legittimanti il dimezzamento dell'importo della cauzione provvisoria.

Il motivo è infondato in considerazione sia delle risultanze istruttorie documentali che dei principi elaborati da questo Consiglio (cfr. Ad. plen., n. 34 del 2014; Ad. plen. n. 9 del 2014, Ad. plen. n. 8 del 2012; Sez. V, n. 6455 del 2014, cui si rinvia ex artt. 74 e 120, co. 10, c.p.a.), atteso che:

a) le clausole del disciplinare sono univoche nell'imporre che nella busta A <<...vanno inseriti, a pena di esclusione, i seguenti documenti...prova dell'avvenuta costituzione della cauzione provvisoria ..>> (art. 11, punto 1, lett. c), e, ove la garanzia venga prestata in misura dimezzata, essa debba <<...essere

corredata dalla Certificazione del Sistema di Qualità in corso di validità>> (art. 8 punto 2);

b) nelle gare in materia di pubblici appalti, è sempre escluso il soccorso istruttorio per supplire (come nel caso di specie), a carenze dell'offerta; in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, l'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione non può essere considerata alla stregua di un'irregolarità sanabile, in applicazione del cd. "dovere di soccorso" di cui al più volte menzionato art. 46 e non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali: ciò tanto più quando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della legge di gara, potendosi al più ammettere in tale contesto l'integrazione solo quando i vizi sono chiaramente imputabili ad errore materiale ma sempre che riguardino dichiarazioni o documenti non richiesti a pena di esclusione, non essendo, in quest'ultima ipotesi, consentita la sanatoria o l'integrazione postuma, che si tradurrebbe in una violazione dei termini massimi di presentazione dell'offerta e, in definitiva, in una violazione del principio di parità delle parti, che deve presiedere ogni procedura ad evidenza pubblica (cfr. sul punto le dirimenti, conclusive e vincolanti argomentazioni della citata Ad. plen., n. 9 del 2014);

c) l'intera disciplina dettata dall'art. 75 del codice dei contratti in materia di cauzione (provvisoria e definitiva), è espressione di esigenze imperative dell'ordinamento la cui violazione comporta l'esclusione dell'offerta indipendentemente da una espressa previsione espulsiva (c.d. tassatività attenuata);

d) la cauzione provvisoria e i requisiti di presentazione concernono elementi essenziali dell'offerta che ben possono essere dettagliati dalle stazioni appaltanti o dall'Autorità indipendente di settore (in sede di predisposizione dei bandi tipo)

N. 02916/2015REG.PROV.COLL.

N. 06911/2012 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

FATTO e DIRITTO

1. L'oggetto del presente giudizio è costituito dagli atti della procedura di **gara** indetta il 27 giugno 2011 dal Comune di Cava Manara per l'affidamento dell'appalto per il servizio di raccolta, trasporto e smaltimento rifiuti, custodia e gestione dell'area ecologica comunale (Allegato II A del d.lgs n. 163 del 2006 – codice dei contratti pubblici -) e, in particolare, dal provvedimento di esclusione (di cui al verbale del seggio di **gara** n. 2 del 3 ottobre 2011) della società controinteressata Pavia s.p.a. (in prosieguo ditta Asm) fondato sulla riscontrata mancanza, nella busta A, della certificazione di qualità legittimante il dimezzamento della cauzione provvisoria ai sensi dell'art. 75 del codice dei contratti.

Alla **gara** hanno partecipato tre imprese.

Riammessa alla **gara** a seguito di concessione della misura cautelare, la ditta Asm si è collocata al 3° posto, dietro la società controinteressata 2 Andrea s.r.l. (1° classificata, in prosieguo ditta controinteressata 2) e la società controinteressata 3 Antonino s.r.l. (2° classificata).

Con atto di motivi aggiunti la ditta Asm ha impugnato la legge di **gara** e l'aggiudicazione definitiva in favore della ditta controinteressata 2.

Per completezza si evidenzia che nelle more del processo, non essendo stata chiesta tutela cautelare nei confronti dell'aggiudicazione definitiva, il rapporto contrattuale triennale si è esaurito in data 23 gennaio 2015.

2. L'impugnata sentenza – T.a.r. per la Lombardia – Milano - Sezione I, n. 1424 del 23 maggio 2012 -:

a) ha accolto il ricorso principale proposto avverso il provvedimento di esclusione ritenendo le clausole del disciplinare ambigue e contraddittorie e comunque violative del principio di tassatività delle cause di esclusione non riscontrandosi nell'art. 75 del codice dei contratti pubblici l'obbligo di allegare la certificazione di qualità due volte (sia nella busta A che nella busta B);

b) ha ritenuto tardivo il ricorso incidentale proposto dalla ditta controinteressata 2 (tale capo non è stato impugnato ed è coperto dalla forza del giudicato interno);

c) ha accolto il primo motivo aggiunto proposto nei confronti della legge di **gara** ed ha conseguentemente annullato il provvedimento di aggiudicazione;

d) ha assorbito i restanti motivi aggiunti;

e) ha negato, nel particolare caso di specie, l'applicazione dell'art. 122 del codice dei contratti richiesta dalla ditta Asm;

f) ha condannato la sola amministrazione al pagamento delle spese di lite.

3. Con ricorso ritualmente notificato e depositato (rispettivamente in data 28 e 29 settembre 2012), il comune di Cava Manara ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza contestandone tutti i capi sfavorevoli.

4. Si è costituita la ditta Asm deducendo, da un lato, l'infondatezza dell'appello del Comune, dall'altro, proponendo contestuale appello incidentale onde contestare i capi sfavorevoli della sentenza e reiterare i motivi aggiunti assorbiti.

5. Si è costituita la ditta controinteressata 2 deducendo l'inammissibilità e l'infondatezza del gravame incidentale.

6. All'udienza pubblica del 26 maggio 2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. L'appello principale del comune di Cava Manara è fondato e deve essere accolto.

Preliminarmente il Collegio osserva che, a seguito della proposizione degli appelli (principale e incidentale), è riemerso l'intero *thema decidendum* del giudizio di primo grado; il perimetro del giudizio di appello è circoscritto dalle censure ritualmente sollevate in primo grado, sicché non possono trovare ingresso le censure nuove proposte per la prima volta in questa sede in violazione del divieto dei *nova* sancito dall'art. 104, co.1, c.p.a. e della natura illustrativa delle memorie conclusionali (cfr. *ex plurimis* e da ultimo Cons. Stato, Sez. V, n. 673 del 2015; n. 5253 del 2014); pertanto, per comodità espositiva, saranno prese in esame direttamente le censure poste a sostegno del ricorso proposto in prime cure.

7.1. In ordine logico è prioritario l'esame del ricorso principale di primo grado basato su un unico complesso motivo (pagine 5 – 10) in cui si sostiene che: I) il disciplinare di **gara**, e in particolare gli artt. 8 e 11, non hanno imposto a pena di esclusione che nella busta A venisse acclusa oltre che la cauzione provvisoria, anche la certificazione di qualità legittimante il dimezzamento dell'importo della garanzia; II) l'art. 12 del disciplinare ha previsto che le certificazioni di qualità siano inserite nella busta B relativa all'offerta tecnica; III) in ogni caso la clausola del bando che avesse previsto un tale adempimento, sotto comminatoria di espulsione, sarebbe nulla per contrasto col principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, co.1 *bis*, d.lgs. n. 163 del 2006, in quanto l'art. 75, comma 7, del medesimo decreto – che disciplina il dimezzamento dell'importo della cauzione ed i suoi presupposti – non ha previsto la sanzione espulsiva; IV) la polizza fideiussoria presentata in **gara** (in particolare art. 3), dimostrava che il garante aveva già effettuato un riscontro sul possesso dei requisiti legittimanti il dimezzamento dell'importo della cauzione provvisoria.

7.2. Il motivo è infondato in considerazione sia delle risultanze istruttorie documentali che dei principi elaborati da questo Consiglio (cfr. Ad. plen., n. 34 del 2014; Ad. plen. n. 9 del 2014, Ad. plen. n. 8 del 2012; Sez. V, n. 6455 del 2014, cui si rinvia ex artt. 74 e 120, co. 10, c.p.a.), atteso che:

a) le clausole del disciplinare sono univoche nell'imporre che nella busta A <<...vanno inseriti, a pena di esclusione, i seguenti documenti....prova dell'avvenuta costituzione della cauzione provvisoria ...>> (art. 11, punto 1, lett. c), e, ove la garanzia venga prestata in misura dimezzata, essa debba <<...essere corredata dalla Certificazione del Sistema di Qualità in corso di validità>> (art. 8 punto 2);

b) nelle gare in materia di pubblici appalti, è sempre escluso il soccorso istruttorio per supplire (come nel caso di specie), a carenze dell'offerta; in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, l'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione non può essere considerata alla stregua di un'irregolarità sanabile, in applicazione del cd. "dovere di soccorso" di cui al più volte menzionato art. 46 e non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali: ciò tanto più quando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della legge di **gara**, potendosi al più ammettere in tale contesto l'integrazione solo quando i vizi sono chiaramente imputabili ad errore materiale ma sempre che riguardino dichiarazioni o documenti non richiesti a pena di esclusione, non essendo, in quest'ultima ipotesi, consentita la sanatoria o l'integrazione postuma, che si tradurrebbe in una violazione dei termini massimi di presentazione dell'offerta e, in definitiva, in una violazione del principio di parità delle parti, che deve presiedere ogni procedura ad evidenza pubblica (cfr. sul punto le dirimenti, conclusive e vincolanti argomentazioni della citata Ad. plen., n. 9 del 2014);

c) l'intera disciplina dettata dall'art. 75 del codice dei contratti in materia di cauzione (provvisoria e definitiva), è espressione di esigenze imperative dell'ordinamento la cui violazione comporta l'esclusione dell'offerta indipendentemente da una espressa previsione espulsiva (c.d. tassatività attenuata);

d) la cauzione provvisoria e i requisiti di presentazione concernono elementi essenziali dell'offerta che ben possono essere dettagliati dalle stazioni appaltanti o dall'Autorità indipendente di settore (in sede di predisposizione dei bandi tipo).

8. Una volta assodata la legittimità del disciplinare *in parte qua* e del pedissequo provvedimento di esclusione, diventano improcedibili, per sopravvenuta carenza di legittimazione ed interesse ad agire, tutti i motivi proposti avverso gli atti di **gara** e il successivo ulteriore provvedimento di aggiudicazione in favore della ditta controinteressata 2.

A tanto consegue, in conclusione, l'accoglimento dell'appello principale e la declaratoria di improcedibilità dell'appello incidentale.

9. Le spese di entrambi i gradi di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

a) accoglie l'appello principale e, per l'effetto, in riforma parziale dell'impugnata sentenza, respinge il ricorso principale di primo grado e dichiara improcedibili i connessi motivi aggiunti;

b) dichiara improcedibile l'appello incidentale proposto dalla società controinteressata Pavia s.p.a.;

c) condanna la società controinteressata Pavia s.p.a. a rifondere in favore del Comune di Cava Manara e della società controinteressata 2 Andrea s.r.l. le spese e gli onorari di entrambi i gradi di giudizio che liquida in complessivi euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge (I.V.A., C.P.A. e 15% a titolo di rimborso di spese generali), in favore di ciascuna parte.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Manfredo Atzeni, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **15/06/2015**

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)