

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 16/11/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37524-legittimamente-ricorrente-esclusa-dalla-procedura-per-non-aver-presentato-la-cauzione-provvisoria>

Autore: Lazzini Sonia

Legittimamente ricorrente esclusa dalla procedura per non aver presentato la cauzione provvisoria

ritiene il Collegio che legittimamente la ricorrente è stata esclusa dalla procedura di gara, per non aver presentato la cauzione provvisoria,

ciò che comporta il rigetto delle sue doglianze, essendo la fattispecie del presente giudizio sostanzialmente identica ad altra, recentemente definita dal Consiglio di Stato, il quale non ha ritenuto applicabile all'occasione l'istituto del soccorso istruttorio, confermando pertanto la legittimità del provvedimento di esclusione (C.S. Sez. V, 22.1.2015 n. 278).

Tale sentenza, richiamati i principi espressi dall'Adunanza Plenaria, secondo cui per definire il perimetro del soccorso istruttorio, è necessario distinguere tra i concetti di regolarizzazione documentale ed integrazione documentale, ha precisato che detto principio è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara se, come nel caso di specie, si è in presenza di una clausola univoca, dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge, senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio di detto potere di soccorso. L'integrazione non è conseguentemente consentita, risolvendosi in un effettivo vulnus del principio di parità di trattamento, nel caso di mancata presentazione della cauzione provvisoria, ciò che infatti comporterebbe un vulnus al principio di par condicio (C.S. Sez. V, 28.4.2014 n. 2201).

Nella fattispecie per cui è causa, analogamente a quella oggetto della pronuncia citata (n. 278/2015), la *lex specialis*, non impugnata nella parte in cui prevedeva a pena di esclusione la costituzione della cauzione provvisoria, non può ritenersi nulla, in quanto espressiva di un interesse rilevante e qualificato dell'Amministrazione aggiudicatrice, non violando pertanto il principio di tassatività delle cause di esclusione (C.S., Sez. IV, 21.10.2014 n. 5192; C.G.A., 18.6.2014 n. 327).

Inoltre, anche ipotizzando l'incompatibilità di detta clausola con la disciplina contenuta con l'art. 75, D.Lgs. n. 163/2006, ciò avrebbe comunque imposto, secondo quanto stabilito dalla citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 9/2014, la sua contestazione espressa, mediante impugnazione della stessa, ciò che tuttavia, come detto, non ha avuto luogo.

passaggio tratto dalla sentenza numero 1499 del 29 giugno 2015 pronunciata dal Tar Lombardia, Milano

a cura di Sonia Lazzini

N. 01499/2015 REG.PROV.COLL.

N. 01224/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1224 del 2015, proposto da:

ricorrente S.p.a. in liquidazione, rappresentata e difesa dall'Avv. Mauro Crosato, con domicilio eletto in Milano, presso la Segreteria del Tribunale

contro

Fondazione I.R.C.C.S. Ca' Granda, rappresentata e difesa dagli avv.ti Bassano Baroni ed Alberto Vittorio Fedeli, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, Via Pattari, 6;

per l'annullamento

del provvedimento di esclusione dalla gara in forma aggregata per l'aggiudicazione di colle chirurgiche ed emostatici diversi, lotti 1 e 7, e per la declaratoria di inefficacia dei contratti *medio tempore* stipulati, nonché, in via subordinata, per la condanna della stazione appaltante al risarcimento dei danni subiti.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Fondazione I.R.C.C.S. Ca' Granda;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 giugno 2015 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Fondazione resistente ha indetto una procedura di gara, in forma aggregata, per la fornitura di colle chirurgiche ed emostatici diversi, per la durata di 36 mesi, da cui è stata tuttavia esclusa l'attuale ricorrente, con il provvedimento impugnato.

La stazione appaltante si è costituito in giudizio, insistendo per il rigetto del ricorso, in rito e nel merito.

Alla camera di consiglio del 18.6.2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il Collegio ritiene che il giudizio possa essere definito con sentenza in forma semplificata, emessa ai sensi dell'art. 60 c.p.a., adottata in esito alla camera di consiglio per la trattazione dell'istanza cautelare, stante l'integrità del contraddittorio, l'avvenuta esaustiva trattazione delle tematiche oggetto di giudizio, nonché la mancata enunciazione di osservazioni oppositive delle parti, rese edotte dal Presidente del Collegio di tale eventualità.

I) Quanto allo scrutinio delle censure articolate nel ricorso, in via preliminare, osserva il Collegio che la ricorrente è stata esclusa in considerazione di due differenti ed autonomi profili (mancata presentazione della **cauzione** provvisoria e mancanza di una referenza bancaria).

Trattandosi pertanto dell'impugnativa di un provvedimento a motivazione plurima, per giurisprudenza pacifica, accertata la legittimità anche di uno solo dei motivi posti a fondamento del medesimo, è superfluo l'esame della fondatezza delle censure dedotte dai destinatari dell'atto, avverso gli ulteriori motivi addotti a supporto del provvedimento impugnato, poiché esso non può essere annullato qualora anche uno solo dei motivi posti a suo fondamento fornisca autonomamente la legittima e congrua giustificazione della determinazione adottata (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 12.11.2013 n. 2511).

Conseguentemente, in caso di accertata legittimità dei rilievi formulati dalla stazione appaltante aventi ad oggetto anche uno solo dei predetti profili, ciò priva la ricorrente dell'interesse allo scrutinio degli ulteriori, atteso che, anche in caso di annullamento parziale del provvedimento, la ricorrente risulterebbe comunque esclusa.

II) Premesso quanto precede, ritiene il Collegio che legittimamente la ricorrente è stata esclusa dalla procedura di gara, per non aver presentato la **cauzione** provvisoria, ciò che comporta il rigetto delle sue doglianze, essendo la fattispecie del presente giudizio sostanzialmente identica ad altra, recentemente definita dal Consiglio di Stato, il quale non ha ritenuto applicabile all'occasione l'istituto del soccorso istruttorio, confermando pertanto la legittimità del provvedimento di esclusione (C.S. Sez. V, 22.1.2015 n. 278).

Tale sentenza, richiamati i principi espressi dall'Adunanza Plenaria, secondo cui per definire il perimetro del soccorso istruttorio, è necessario distinguere tra i concetti di regolarizzazione documentale ed integrazione documentale, ha precisato che detto principio è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara se, come nel caso di specie, si è in presenza di una clausola univoca, dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge, senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio di detto potere di soccorso. L'integrazione non è conseguentemente consentita, risolvendosi in un effettivo *vulnus* del principio di parità di

trattamento, nel caso di mancata presentazione della **cauzione** provvisoria, ciò che infatti comporterebbe un *vulnus* al principio di *par condicio* (C.S. Sez. V, 28.4.2014 n. 2201).

Nella fattispecie per cui è causa, analogamente a quella oggetto della pronuncia citata (n. 278/2015), la *lex specialis*, non impugnata nella parte in cui prevedeva a pena di esclusione la costituzione della **cauzione** provvisoria, non può ritenersi nulla, in quanto espressiva di un interesse rilevante e qualificato dell'Amministrazione aggiudicatrice, non violando pertanto il principio di tassatività delle cause di esclusione (C.S., Sez. IV, 21.10.2014 n. 5192; C.G.A., 18.6.2014 n. 327).

Inoltre, anche ipotizzando l'incompatibilità di detta clausola con la disciplina contenuta con l'art. 75, D.Lgs. n. 163/2006, ciò avrebbe comunque imposto, secondo quanto stabilito dalla citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 9/2014, la sua contestazione espressa, mediante impugnazione della stessa, ciò che tuttavia, come detto, non ha avuto luogo.

III) In contrario, non depone C.S., Sez. V, 7.7.2014 n. 3431, invocata dalla ricorrente, la quale, pur affermando, in un *obiter*, che nelle gare pubbliche, ai sensi dell'art. 46 c I-bis, D.Lgs. 12.4.2006 n. 163, la carenza della **cauzione** provvisoria, ovvero la mancata proroga della sua validità, costituiscono mere irregolarità sanabili, e che sarebbe nulla la clausola che contempra per tali ipotesi l'esclusione dalla gara, ha tuttavia enunciato tali principi con riferimento ad una fattispecie diversa da quella per cui è causa, emersa nell'ambito della procedura di controllo di cui all'art. 48 c. 2 D.Lgs. n. 163/06 e relativa al mancato deposito della proroga di validità della **cauzione** provvisoria, a suo tempo regolarmente presentata in sede di gara. In ogni caso, a supporto delle proprie ragioni, la ricorrente fornisce comunque una lettura parziale di detta sentenza, che non può pertanto essere condivisa dal Collegio, atteso che la stessa ha motivato le proprie statuizioni mediante il rinvio a C.S., Sez. III, 5.12.2013 n. 5781, secondo cui, in base al principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche, introdotto dall'art. 46 c. 1 bis, D.Lgs. 12.4.2006 n. 163, non costituisce causa di esclusione la presentazione di una **cauzione** provvisoria d'importo insufficiente e/o deficitario rispetto a quello richiesto dalla *lex specialis*, ovvero di una **cauzione** incompleta, e non già del tutto assente, come invece avvenuto nel caso di specie.

Il Collegio osserva che la giurisprudenza ha effettivamente ritenuto applicabile l'istituto della regolarizzazione di cui al citata art. 46 D.Lgs. n. 163/06 con riferimento alla **cauzione** provvisoria, ma ciò, per l'appunto, solo nei casi in cui la stessa, regolarmente presentata, sia tuttavia risultata incompleta (T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV 17.2.2015 n. 580), ad esempio per incertezza in ordine alla sua provenienza (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 3.11.2014 n. 11001) o per la mancata riferibilità soggettiva anche all'impresa mandante del relativo impegno (C.S., Sez. III, 14.1.2015 n. 57).

Nel caso in cui invece la concorrente abbia radicalmente omissa la presentazione della **cauzione** provvisoria, come avvenuto nella fattispecie, e peraltro anche qualora la stessa sia comunque priva dall'impegno incondizionato di un fideiussore a presentare **cauzione** definitiva in caso di aggiudicazione (C.S., Sez. V, 3.6.2015 n. 2717), la stazione appaltante è tenuta ad escludere la stessa dalla gara, senza che possa residuare alcun potere di regolarizzazione.

In conclusione, il ricorso va pertanto respinto.

Sussistono tuttavia giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio, in considerazione delle peculiarità della fattispecie.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 18 giugno 2015 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Mauro Gatti, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **29/06/2015**

IL SEGRETARIO

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