

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 23/11/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37557-legittimo-a-pena-esclusione-mancata-costituzione-cauzione-provvisoria-o-difforme-o-insufficiente>

Autore: Lazzini Sonia

**Legittimo a pena esclusione mancata costituzione cauzione
provvisoria o difforme o insufficiente**

non può ritenersi nulla la clausola del bando di gara che non risulta impugnata che prevedeva a pena di esclusione la mancata costituzione della cauzione provvisoria ovvero la prestazione di una cauzione difforme da quanto richiesto o di importo insufficiente.

Tale clausola è espressiva di un interesse rilevante e qualificato dell'Amministrazione aggiudicatrice non solo in ordine alla piena affidabilità della cauzione provvisoria, ma anche in relazione alla capacità economica della stessa, sicché non viola il principio di tassatività delle cause di esclusione (Cons. St., Sez. IV, 21 ottobre 2014, n. 5192: CGA 18 giugno 2014, n. 327).

Inoltre, potrebbe al più desumersene un'incompatibilità con la disciplina contenuta con l'art. 75, d.lgs. 163/2006, il ché impone secondo quanto stabilito dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 9/2014, la sua contestazione mercé espressa impugnazione della clausola contenuta nella lex specialis, evento quest'ultimo non realizzatosi.

Né si ravvisa alcun contrasto con la pronuncia del Cons. St., Sez. III, 4 dicembre 2012, n. 5203 citata nell'appello in esame, dal momento che nel caso ivi trattato il bando non prevedeva alcuna sanzione espulsiva.

passaggio tratto dalla decisione numero 278 del 22 gennaio 2015 pronunciata dal Consiglio di Stato

.

a cura di Sonia Lazzini

N. 00278/2015REG.PROV.COLL.

N. 03405/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3405 del 2014, proposto da:
ricorrente Service S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Salvatore Giacalone, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, Via Federico Confalonieri, n. 5;

contro

Comune di Guardea, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Ranalli, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Via Bertoloni, n. 27, Int.5;

nei confronti di

Impresa controinteressata Costruzioni di Florio controinteressata, Impresa controinteressata 2 Appalti S.r.l.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. UMBRIA – PERUGIA, SEZIONE I, n. 51/2014, resa tra le parti, concernente aggiudicazione definitiva appalto per la realizzazione della sala mensa presso una scuola materna-ris. danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Guardea;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 novembre 2014 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Salvatore Giacalone e Giovanni Ranalli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierna appellante proponeva ricorso per l'annullamento:

- del provvedimento del 22.1.13, di aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata impresa controinteressata Costruzioni di Florio controinteressata;
- del provvedimento del 12.12.12, di esclusione dell'offerta presentata dalla Impresa terza controinteressata 2 Appalti s.r.l.;
- del provvedimento del 12.12.12, di individuazione della soglia di anomalia ex art. 86 D.lgs. n. 163/06, ai fini delle disposte esclusioni automatiche di cui all'art. 122 comma 9 del cit. Codice dei Contratti pubblici;
- del provvedimento del 12.12.12, di aggiudicazione provvisoria dell'appalto in favore della controinteressata Impresa controinteressata Costruzioni di Florio controinteressata;
- del provvedimento del 12.12.12, di mancata aggiudicazione dell'appalto in favore dell'offerta presentata dalla ricorrente ricorrente Service s.r.l.;

- dello stesso verbale di gara del 12.12.12, nella parte in cui reca i sopra elencati provvedimenti oggetto dell'impugnazione;

e per la declaratoria di nullità occorrendo, della previsione di cui al punto 4) cpv ult. inciso del disciplinare di gara.

2. Il primo giudice dichiarava inammissibile il ricorso, ai sensi dell'art. 35 c. 1 lett. b) cod. proc. amm., rilevando che l'originaria ricorrente non aveva proposto né domanda di accertamento dell'inefficacia del contratto medio tempore stipulato dalla stazione appaltante con l'aggiudicataria, né di conseguente subentro nell'aggiudicazione, riservandosi, all'esito del presente giudizio, di avanzare separata domanda di risarcimento del danno per equivalente ai sensi dell'art. 124 c. 1 cod. proc. amm. Il TAR, in particolare, poneva in luce che, oltre all'impossibilità di conseguire la tutela in forma specifica in sede di eventuale giudizio di ottemperanza, era venuta meno la stessa possibilità di coltivare l'azione risarcitoria per equivalente in separato giudizio, ostandovi l'art. 30 c. 3 cod. proc. amm., che nell'affermare il superamento della pregiudizialità amministrativa e l'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto a quella demolitoria, aveva introdotto un termine decadenziale di 120 giorni decorrente dal fatto lesivo ovvero della conoscenza del provvedimento di aggiudicazione, intervenuta il 19 dicembre 2012, come da comunicazione ex art. 79 D.lgs. 163/2006, depositata in giudizio. Da qui l'impossibilità di invocare il principio della conversione d'ufficio della domanda di annullamento in domanda di accertamento di cui all'art. 34 c. 3 cod. proc. amm., non residuando in capo alla ricorrente alcuna utilità sotto il profilo risarcitorio.

3. Con appello notificato in data 12 aprile 2014, l'originaria ricorrente invoca la riforma della sentenza impugnata per le seguenti ragioni: a) l'assenza di domanda di subentro non preclude la domanda di risarcimento, ma è elemento valutabile dal giudice ex art. 1227 c.c. Pertanto, andrebbe escluso che sussista un onere di richiedere il subentro, previa declaratoria di inefficacia del contratto, a pena di decadenza dalla facoltà di agire separatamente per il risarcimento del danno; b) la ricorrente non sarebbe incorsa in alcuna decadenza quanto alla possibilità di invocare il risarcimento per equivalente, atteso che l'art. 30, comma 5, c.p.a. fissa in 120 giorni decorrenti dal passaggio in giudicato della sentenza di annullamento il termine per intentare la suddetta azione.

3.1. All'esito dell'accoglimento delle censure sopra esposte, l'appellante sostiene l'illegittimità dell'esclusione dell'Impresa terza controinteressata 2 Appalti s.r.l., motivata con l'inidoneità della documentazione attestante il possesso della certificazione di qualità aziendale, dal momento che la stazione appaltante avrebbe dovuto utilizzare il potere di soccorso istruttorio, stante il principio di tassatività delle cause di esclusione.

4. In data 12 maggio 2014 si costituisce in giudizio l'amministrazione comunale, chiedendo la reiezione del gravame in esame.

5. Con memoria del 24 maggio 2014 il Comune di Guardea precisa in fatto che l'art. 6 del disciplinare di gara, che non è stato impugnato dall'originario ricorrente, prevedeva tra i motivi di esclusione la mancata costituzione della cauzione provvisoria ovvero la prestazione di una cauzione difforme da quanto richiesto o di importo insufficiente, dovendosi intendere per tale anche la cauzione provvisoria presentata nella misura ridotta del 50% in assenza della produzione di certificazione di qualità in corso di validità. In ragione di ciò la controinteressata 2 Appalti s.r.l. veniva esclusa dalla gara, avendo presentato una polizza fideiussoria provvisoria ridotta del 50%, allegando certificazione ISO scaduta. All'esito dell'aggiudicazione all'impresa controinteressata Costruzioni ed in assenza di preavviso di ricorso ex art. 243-bis, d.lgs. 163/2006, l'odierno appellante proponeva ricorso.

5.1. Date queste premesse la stazione appaltante ritiene debba essere respinto l'odierno gravame in quanto all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. 53/2010 il ricorrente avrebbe dovuto proporre domanda di declaratoria di inefficacia del contratto e di subentro a pena di inammissibilità della domanda di annullamento dell'aggiudicazione. Inoltre, quanto alla domanda risarcitoria non potrebbe trovare applicazione la disciplina di cui all'art. 30, comma 5, c.p.a., poiché la disciplina dei contratti pubblici conterrebbe una previsione speciale quale l'art. 124 c.p.a., sicché varrebbe il termine decadenziale di 120 giorni decorrente dalla conoscenza del provvedimento di aggiudicazione.

5.2. In ogni caso a giudizio dell'amministrazione comunale l'originaria ricorrente sarebbe stata priva della legittimazione ad agire, per non essere titolare di una posizione giuridica soggettiva legittimante, non risultando destinataria del provvedimento di esclusione e non potendo invocare il mancato esercizio del potere di soccorso istruttorio a favore di altra impresa. Inoltre, il ricorso sarebbe tardivo rispetto al momento in cui l'originaria ricorrente avrebbe avuto conoscenza dell'esclusione della controinteressata 2 Appalti s.r.l. In ogni caso nel merito l'esclusione disposta sarebbe corretta, in quanto motivata sulla: a) violazione della *lex specialis* in tema di cauzione provvisoria; b) presentazione di un certificato ISO scaduto.

6. Preliminarmente, occorre esaminare l'eccezione di difetto di legittimazione dell'originaria ricorrente e di tardività del ricorso di prime cure, entrambe non esaminate dal TAR. Quanto al paventato difetto di legittimazione, lo stesso non ricorre dal momento che per agire dinanzi al g.a. in sede di legittimità è necessario assumere di essere titolari di una posizione di interesse legittimo ed ancora avere un interesse a ricorrere. Entrambe le condizioni sussistono in capo all'originaria ricorrente ed, infatti, la legittimazione a ricorrere non deriva dalla mera circostanza di risultare destinatari del provvedimento amministrativo, ma dalla circostanza che il provvedimento in questione incida sulla propria sfera giuridica, sicché la sua invocata rimozione da parte del g.a. sia in grado di proteggerla od ampliarla. Nella fattispecie l'originario ricorrente lamenta che l'ammissione dell'impresa controinteressata 2 Appalti s.r.l. (per mancato possesso della certificazione di qualità aziendale ai fini della richiesta riduzione della cauzione provvisoria) avrebbe determinato, all'esito del ricalcolo della soglia di anomalia, l'automatica aggiudicazione in proprio favore. Da ciò consegue, da un lato, che ricorre in suo favore la legittimazione ad agire, dall'altro, che il *dies a quo* per proporre ricorso giurisdizionale non può farsi decorrere dal momento in cui la stessa veniva a conoscenza dell'esclusione della suddetta impresa, ma dal momento in cui la gara veniva aggiudicata a favore dell'impresa controinteressata Costruzioni di Floro controinteressata. Solo in questo momento, infatti, l'esclusione dell'impresa controinteressata 2 Appalti s.r.l. nella misura in cui si rilevava determinante per l'aggiudicazione acquisiva per l'originaria ricorrente portata lesiva.

7. Nel merito l'appello va accolto nei sensi di seguito indicati, pur se analoga sorte non può toccare al ricorso di primo grado.

7.1. E', infatti, erronea la sentenza di prime cure nella parte in cui ha sostenuto che il ricorso è inammissibile per difetto di interesse ai sensi dell'art. 35 c. 1 lett. b) cod. proc. amm. Contrariamente a quanto sostenuto dai giudici di prime cure nella fattispecie non deve applicarsi l'art. 30, comma 3, cod. proc. amm., secondo il quale: *"La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo"*. Ma il comma 5 dello stesso articolo a mente del quale: *"Nel caso in cui sia stata proposta azione di*

annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza". Non può, infatti, ricavarsi alcuna deroga, che impedisca l'applicazione della norma da ultimo citata, all'interno della disciplina contenuta nell'art. 124 cod. proc. amm., che si limita a subordinare la tutela per equivalente a quella in forma specifica, senza però imporre che entrambe siano proposte seguendo lo stesso termine. Pertanto, nel caso in cui si chiesta l'annullamento dell'aggiudicazione, ma non anche la declaratoria di inefficacia del contratto ed il subentro nello stesso, ben può attendersi l'esito del giudizio caducatorio e successivamente nei termini fissati dal comma 5 del citato art. 30, avanzare domanda di risarcimento in corso di giudizio o sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza.

Il TAR, pertanto, non avrebbe dovuto dichiarare il ricorso inammissibile, sussistendo un interesse all'annullamento ai sensi dell'art. 34, comma 3 cod. proc. amm.

8. Venendo all'esame delle doglianze contenute nel ricorso di prime cure non può essere condivisa quella inerente l'erronea esclusione della controinteressata 2 Appalti s.r.l., in quanto non sussistevano i presupposti per l'esercizio del potere di soccorso istruttorio. Sul punto occorre rammentare come l'Adunanza Plenaria abbia chiarito che: *"per meglio definire il perimetro del "soccorso istruttorio" è necessario distinguere tra i concetti di "regolarizzazione documentale" ed "integrazione documentale": la linea di demarcazione discende naturaliter dalle qualificazioni stabilite ex ante nel bando, nel senso che il principio del "soccorso istruttorio" è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara (specie se 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 del "potere di soccorso"; conseguentemente, l'integrazione non è consentita, risolvendosi in un effettivo vulnus del principio di parità di trattamento; è consentita, invece, la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi".* Nella fattispecie l'attività che secondo la prospettazione dell'originario ricorrente avrebbe dovuto porre in essere la stazione appaltante, infatti, non si può qualificare come regolarizzazione ma come vera e propria integrazione, atteso che avrebbe dovuto presentare o una certificazione ISO in regola o una nuova cauzione. Ossia nuova documentazione la cui produzione se ammessa dalla stazione appaltante avrebbe comportato un *vulnus* al principio di *par condicio* (cfr. Cons. St., Sez. V, 28 aprile 2014, n. 2201).

9. Allo stesso modo non può ritenersi nulla la clausola del bando di gara che non risulta impugnata che prevedeva a pena di esclusione la mancata costituzione della cauzione provvisoria ovvero la prestazione di una cauzione difforme da quanto richiesto o di importo insufficiente. Tale clausola è espressiva di un interesse rilevante e qualificato dell'Amministrazione aggiudicatrice non solo in ordine alla piena affidabilità della cauzione provvisoria, ma anche in relazione alla capacità economica della stessa, sicché non viola il principio di tassatività delle cause di esclusione (Cons. St., Sez. IV, 21 ottobre 2014, n. 5192: CGA 18 giugno 2014, n. 327). Inoltre, potrebbe al più desumersene un'incompatibilità con la disciplina contenuta con l'art. 75, d.lgs. 163/2006, il ché impone secondo quanto stabilito dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 9/2014, la sua contestazione mercé espressa impugnazione della clausola contenuta nella *lex specialis*, evento quest'ultimo non realizzatosi.

Né si ravvisa alcun contrasto con la pronuncia del Cons. St., Sez. III, 4 dicembre 2012, n. 5203 citata nell'appello in esame, dal momento che nel caso ivi trattato il bando non prevedeva alcuna sanzione espulsiva.

10. L'infondatezza del suddetto motivo di ricorso consente di giungere ad analogo conclusione quanto alla seconda doglianza contenuta nel ricorso di prime cure che fa leva sull'invalidità derivata dell'aggiudicazione impugnata a causa del ricalcolo della soglia di anomalia, dal momento che la legittima esclusione della controinteressata 2 Appalti s.r.l. non consente di giungere ad un diverso esito della procedura in questione.

11. L'appello deve essere pertanto accolto nei sensi di cui in motivazione, il ricorso di prime cure, giudicato ammissibile, deve, invece essere respinto. Nella particolare complessità delle questioni trattate si ravvisano eccezionali motive per compensare le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

accoglie in parte l'appello e in riforma della sentenza impugnata dichiara ammissibile il ricorso di primo grado, pronunciando sul ricorso di primo grado lo respinge.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/01/2015

IL SEGRETARIO

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