

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 05/09/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38562-no-esclusione-cauzione-provvisoria-importo-insufficiente-o-deficitario-o-cauzione-incompleta-e-non-gi-del-tutto-assente>

Autore: Lazzini Sonia

**No esclusione cauzione provvisoria importo insufficiente o deficitario o cauzione incompleta, e non già del tutto assente**

## **Consiglio di Stato decisione numero 1033 del 15 marzo 2016**

E' infondato il motivo di appello, con cui il signor ricorrente lamenta che erroneamente i primi Giudici abbiano respinto il motivo di ricorso con il quale si era lamentata l'insufficienza dell'importo della cauzione provvisoria prodotto dalla controinteressata. ai fini della partecipazione alla gara.

SONIA LAZZINI

Si è già osservato che, secondo l'appellante, la sentenza sarebbe in parte qua da riformare per non avere i primi Giudici considerato che la controinteressata. non potesse fondare il calcolo della cauzione provvisoria sul solo valore della categoria prevalente delle previste lavorazioni, dovendo anche computare l'importo riferibile alla progettazione esecutiva.

Al riguardo si osserva che, anche a voler ritenere (il che non è comunque pacifico) che, nei casi di appalto integrato, l'importo della cauzione provvisoria debba effettivamente essere parametrato anche all'importo riferibile alla progettazione, il punto è che tale circostanza non avrebbe comunque potuto determinare l'esclusione della controinteressata dalla gara per cui è causa.

Tanto, alla luce del consolidato – e qui condiviso – orientamento secondo cui in base al principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche, introdotto dall'art. 46 comma 1-bis del decreto legislativo 163 del 2006, non costituisce causa di esclusione la presentazione di una cauzione provvisoria di importo insufficiente e/o deficitario rispetto a quello richiesto dalla lex specialis, ovvero di una cauzione incompleta, e non già del tutto assente, dovendo in tal caso l'impresa essere previamente invitata dalla stazione appaltante ad integrare la cauzione, emendando così l'errore compiuto (in tal senso – ex multis -: Coms. Stato, III; 5 dicembre 2013, n. 5781)

riportiamo qui di seguito il testo integrale di Consiglio di Stato decisione numero 1033 del 15 marzo 2016

N. 01033/2016REG.PROV.COLL.

N. 05903/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto da una società attiva nel settore dei restauri avverso la sentenza del T.A.R. della Campania – Sezione staccata di Salerno con cui è stato respinto il ricorso avverso gli atti con cui il Comune di Pisciotta ha aggiudicato in favore di altro operatore economico una gara di appalto integrato per la progettazione e l'esecuzione dei lavori di messa in sicurezza, consolidamento statico e recupero funzionale di un immobile sottoposto a vincolo (Palazzo Landulfo).
  2. Il Collegio ritiene di poter prescindere dall'eccezione di inammissibilità dell'appello sollevata dal Comune di Pisciotta in quanto il ricorso è comunque infondato nel merito.
  3. Come emerge dalla narrativa, la principale quaestio iuris sottesa alla presente vicenda contenziosa riguarda l'interpretazione del comma 12 dell'articolo 357 del d.P.R. 207 del 2010 e, in particolare, se il corretto regime intertemporale di validità delle SOA rilasciate ai sensi del d.P.R. 34 del 2000 sia da intendere nel senso che l'ultrattività delle attestazioni più favorevoli di cui al medesimo decreto n 34 possa essere riconosciuta
    - a) solo se (in base a un'interpretazione più restrittiva) l'attestazione SOA sia stata rilasciata entro il giorno 8 giugno 2011 (data finale del periodo transitorio)
    - b) ovvero anche se (in base a un'interpretazione di minor rigore applicativo) entro la medesima data sia stato stipulato il contratto di qualificazione con la SOA (anche se, poi, l'attestazione sia stata resa in un successivo momento).
  4. Il Collegio ritiene che la sentenza in epigrafe sia condivisibile laddove ha ritenuto che prevalenti esigenze sistematiche depongano del secondo dei sensi indicati.
- E' stato richiamato al riguardo il condiviso orientamento secondo cui l'applicazione del principio 'tempus regit actum' che ispira il disposto del comma 12 dell'articolo 357 del d.P.R. 207 del 2010

induce a ritenere che la sostanziale ultrattività delle disposizioni di cui all'articolo 26 del d.P.R. 34 del 2000 riguardi non solo le ipotesi in cui l'attestazione SOA sia stata rilasciata dopo il termine del richiamato periodo transitorio (8 giugno 2001), ma anche le ipotesi in cui, entro tale data, sia stato stipulato il contratto di qualificazione, pur se l'attestazione sia stata in concreto rilasciata dopo l'8 giugno 2001.

Il Comune di Pisciotta ha condivisibilmente osservato al riguardo che tale interpretazione risulta la più plausibile al fine di evitare il non auspicabile stato di incertezza che sarebbe derivato dall'applicazione immediata delle disposizioni sopravvenute (i.e.: dell'articolo 248 del d.P.R. 207 del 2010) ai rapporti pendenti.

Si aggiunge al riguardo che, nell'individuare la corretta interpretazione da fornire al comma 12 dell'articolo 357 del Regolamento del 2010 (secondo cui "le attestazioni rilasciate nella vigenza del decreto del Presidente della Repubblica n. 34 del 2000 nelle categorie non modificate dal presente regolamento hanno validità fino alla naturale scadenza prevista per ciascuna di esse") non deve riconoscersi rilievo esclusivo al momento del 'rilascio', ma deve altresì riconoscersi rilievo non recessivo alla 'vigenza' del d.P.R. 34 del 2000.

Individuati in tal modo i termini della questione, deve ritenersi che l'ampia nozione di 'vigenza' del d.P.R. in questione sia tale da ricomprendere anche gli effetti dei contratti di qualificazione stipulati durante la sua efficacia. Ne consegue che, una volta operata la necessaria contestualizzazione nell'ambito del più volte richiamato articolo 357, la conseguenza (conforme alle conclusioni delineate dal T.A.R.) sarà nel senso che le certificazioni rilasciate sulla base di contratti di qualificazione stipulati prima della scadenza del richiamato periodo transitorio resteranno comunque disciplinate dalla (meno stringente) disciplina di cui al più volte richiamato articolo 26 del d.P.R. 34 del 2000.

5. E' parimenti infondato il secondo motivo di appello, con cui il signor ricorrente lamenta che erroneamente i primi Giudici abbiano respinto il motivo di ricorso con il quale si era lamentata l'insufficienza dell'importo della **cauzione** provvisoria prodotto dalla controinteressata. ai fini della partecipazione alla gara.

Si è già osservato che, secondo l'appellante, la sentenza sarebbe in parte qua da riformare per non avere i primi Giudici considerato che la controinteressata. non potesse fondare il calcolo della **cauzione** provvisoria sul solo valore della categoria prevalente delle previste lavorazioni, dovendo anche computare l'importo riferibile alla progettazione esecutiva.

5.1. Al riguardo si osserva che, anche a voler ritenere (il che non è comunque pacifico) che, nei casi di appalto integrato, l'importo della **cauzione** provvisoria debba effettivamente essere parametrato anche all'importo riferibile alla progettazione, il punto è che tale circostanza non avrebbe comunque potuto determinare l'esclusione della controinteressata dalla gara per cui è causa.

Tanto, alla luce del consolidato – e qui condiviso – orientamento secondo cui in base al principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche, introdotto dall'art. 46 comma 1-bis del decreto legislativo 163 del 2006, non costituisce causa di esclusione la presentazione di una **cauzione** provvisoria di importo insufficiente e/o deficitario rispetto a quello richiesto dalla lex specialis, ovvero di una **cauzione** incompleta, e non già del tutto assente, dovendo in tal caso l'impresa essere previamente invitata dalla stazione appaltante ad integrare la **cauzione**, emendando così l'errore compiuto (in tal senso –ex multis -: Coms. Stato, III; 5 dicembre 2013, n. 5781).

6. Per le ragioni dinanzi esposte il ricorso in appello deve essere respinto.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti in relazione al doppio grado di giudizio, anche in ragione della peculiarità e parziale novità della quaestio iuris sottesa alla presente vicenda contenziosa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **15/03/2016**

IL SEGRETARIO

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