

**N. 02308/2012 REG.PROV.COLL.**  
**N. 01272/2012 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso n. 1272 del 2012, proposto da Geomar Submarine Service s.n.c., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro Tudor, con domicilio eletto presso l'avv. Alessandro Giussani, in Roma, piazza Cavour n. 17;

*contro*

la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Protezione Civile, Commissario Delegato per l’Emergenza socio-economico-ambientale della Laguna di Marano Lagunare e Grado – Regione Autonoma Friuli

Venezia Giulia, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale è elettivamente domiciliato, in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12;

*nei confronti di*

Taverna S.p.A., in persona del legale rappresentante, non costituitasi in giudizio;

*per l'annullamento*

- del provvedimento assunto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Protezione Civile, Commissario Delegato per l'Emergenza socio-economico-ambientale determinatasi nella Laguna di Marano Lagunare e Grado Regione Autonoma del Friuli Venezia Giulia prot. n. 134/SN/2012 del 20 gennaio 2012, con il quale è stata comunicata l'esclusione della società ricorrente dalla procedura di affidamento dei lavori di banchinamento di un tratto della riva nord del canale "Taglio";
- del presupposto provvedimento di esclusione adottato di cui non si conoscono gli estremi;
- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria dell'appalto alla Impresa Taverna S.p.A. di cui si ignorano gli estremi;
- della lettera d'invito datata 9 dicembre 2011 relativa alla procedura di affidamento dei lavori di banchinamento di un tratto della riva nord del canale "Taglio, relativa al punto 4.5, ove si prevede quale causa di esclusione "la mancanza, incompletezza o irregolarità sostanziale di uno o più documenti da inserire nella busta A – documentazione (fatte salve le dichiarazioni non necessarie in relazione alle caratteristiche proprie del ricorrente)";
- di ogni altro provvedimento presupposto, connesso e consequenziale a quelli impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della Protezione Civile e di Presidenza del Consiglio dei Ministri - Commissario Delegato Emergenza Ambientale Laguna di Marano Lagunare e Grado;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2012 il dott. Roberto Politi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Esponde parte ricorrente di essere stata invitata a partecipare alla procedura di affidamento dei lavori di banchinamento di un tratto della riva nord del canale "Taglio".

Nella lettera di invito veniva, invero, preveduta quale causa di esclusione (punto 4.5) la "mancanza, incompletezza o irregolarità sostanziale di uno o più documenti da inserire nella busta A – documentazione (fatte salve le dichiarazioni non necessarie in relazione alle caratteristiche proprie del ricorrente).

Con comunicazione pervenuta il 20 gennaio 2012 la ricorrente veniva esclusa dall'anzidetta procedura selettiva – in asserita applicazione dell'art. 75 del D.Lgs. 163/2006 e del citato punto 4.5. della lettera di invito – in quanto "dalla verifica della documentazione presentata risulta che la cauzione rilasciata mediante polizza fideiussoria ha come beneficiario un soggetto diverso dalla Stazione appaltante".

Assume Geomar che l'avversato provvedimento sia illegittimo per violazione della lex specialis di gara, eccesso di potere per carenza dei presupposti, erroneità della motivazione e travisamento dei fatti, violazione di legge per omessa

applicazione dell'art. 36, commi 1 e 1-bis del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

Nell'espone di aver provveduto ad illustrare, nei confronti della Stazione appaltante, le ragioni a fondamento della ritenuta regolarità della cauzione prestata, osserva ulteriormente parte ricorrente che nessuna disposizione imponga di indicare nella garanzia fideiussoria, il nominativo della stessa Stazione appaltante: piuttosto sostenendo che, ai fini della partecipazione alla gara, sia pienamente sufficiente tale indicazione, ancorché non completa, laddove sia stato puntualmente indicato l'oggetto della gara e la sede dell'Amministrazione.

In ogni caso, la disposta estromissione dalla procedura selettiva si porrebbe in violazione della disposizione di cui al comma 1-bis dell'art. 46 del D.Lgs. 163/2006, atteso che la pur contestata irregolarità della cauzione non sarebbe contemplata tra le cause ex lege previste a motivo di esclusione da una gara.

Conclude la parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame ed il conseguente annullamento degli atti oggetto di censura.

L'Amministrazione intimata, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'infondatezza delle esposte doglianze, invocando la reiezione dell'impugnativa.

La rilevata sussistenza dei presupposti indicati all'art. 60 c.p.a. consente di trattenere la presente controversia – portata all'odierna Camera di Consiglio ai fini della delibazione dell'istanza cautelare dalla parte ricorrente incidentalmente proposta – ai fini di un'immediata definizione nel merito.

Prevede infatti la disposizione da ultimo citata che, “in sede di decisione della domanda cautelare, purché siano trascorsi almeno venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso, il collegio, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, può definire, in camera di consiglio, il giudizio con sentenza in forma semplificata”.

Quanto ai presupposti per l'adottabilità della tipologia di decisione da ultimo indicata, va soggiunto come il successivo art. 74 precisi che la sentenza in forma semplificata è suscettibile di definire il giudizio nel caso in cui l'adito organo di giustizia "ravvisi la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso"; la relativa motivazione potendo "consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme".

Nel precisare che le parti presenti all'odierna Camera di Consiglio sono state al riguardo sentite, il ricorso all'esame si rivela fondato.

Si rivela, infatti, illegittima l'esclusione dalla gara del ricorrente raggruppamento temporaneo di imprese in ragione della presentazione di una cauzione provvisoria di importo inferiore a quello richiesto dalla lex specialis della gara in esame.

Nell'osservare come la polizza fideiussoria presentata dall'odierna ricorrente recasse l'indicazione:

- dell'ente beneficiario ("Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Protezione Civile")
- della relativa sede (via Morpurgo n. 34, Udine)
- e della gara di appalto di che trattasi,

assume dirimente rilevanza la non sussumibilità dell'affermata irregolarità della cauzione provvisoria (assunta a fondamento dell'avversata determinazione) fra le cause di esclusione da una gara.

L'art. 46, comma-1 bis, del Codice dei contratti di cui al D.Lgs. 13 aprile 2006 n. 163, inserito dall'articolo 4, comma 2, lettera d), del decreto legge 13 maggio 2011 n. 70, ha infatti introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione, disponendo che la stazione appaltante può escludere i candidati o i concorrenti:

- in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal Codice e dal regolamento e da altre disposizioni di

legge vigenti

- nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

Ferma la preclusione per i bandi e le lettere di invito a recare contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione, la norma in rassegna soggiunge che “dette prescrizioni sono comunque nulle”.

La disposizione di cui all'art. 75 del Codice dei contratti prevede la sanzione di inammissibilità dell'offerta o di esclusione del concorrente nel solo caso di mancata prestazione della garanzia fideiussoria del 10 per cento dell'importo contrattuale per l'esecuzione del contratto (comma 8); senza che tale disposizione risulti, ulteriormente, dettata e/o estesa anche alla irregolarità della cauzione provvisoria (che viene in considerazione nel quadro della presente vicenda).

L'interpretazione giurisprudenziale precedente la novella legislativa era nel senso che, assolvendo la cauzione provvisoria allo scopo di garantire la serietà dell'offerta, essa ne costituisse parte integrante e non elemento di corredo, che la stazione appaltante potesse liberamente richiedere; sicché sebbene non espressamente comminata l'esclusione per il caso di mancato deposito, la ratio della norma così interpretata conduceva a ritenere applicabile la sanzione espulsiva (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009 n. 3746).

La novella legislativa che ha introdotto il comma 1-bis all'art. 46, impone peraltro (come recentemente affermato dalla Sezione III del Consiglio di Stato con sentenza n. 493 del 1° febbraio 2012) “una diversa interpretazione anche dell'art. 75, che già la giurisprudenza di merito ha fatto propria, valorizzando la diversa formulazione letterale del

comma 6, in relazione al comma 8, e rendendo evidente l'intento di ritenere sanabile o regolarizzabile la mancata prestazione della cauzione provvisoria, al contrario della cauzione definitiva, che garantisce l'impegno più consistente della corretta esecuzione del contratto e giustifica l'esclusione dalla gara (cfr., in termini, T.A.R. Veneto, sez. I, 13 settembre 2011 n. 1376 e T.A.R. Liguria, sez. II, 22 settembre 2011 n. 1396).

La disposizione dell'art. 75, comma 6, del D.Lgs. 163/2006, va, dunque, intesa nel senso che l'Amministrazione non può disporre l'esclusione del concorrente che abbia presentato – come appunto nella fattispecie all'esame – una cauzione caratterizzata da incompletezza e/o irregolarità; piuttosto imponendosi che, in applicazione della regola di cui all'art. 46, comma 1, venga consentita la regolarizzazione della relativa documentazione, ove tempestivamente depositata, ovvero l'integrazione della cauzione insufficiente.

Nel dare atto della sicura applicabilità alla controversia in esame delle modificazioni introdotte all'originario testo dell'art. 46 del D.Lgs. 163/2006 per effetto del decreto legge 70/2011 (atteso che l'entrata in vigore di tale testo normativo è anteriore alla emanazione della lettera di invito alla procedura di che trattasi), la fondatezza dell'esaminato argomento di doglianza impone – in accoglimento del mezzo di tutela all'esame – di pronunciare l'annullamento della gravata determinazione di esclusione.

Riservate all'Amministrazione le conseguenziali statuizioni, le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) immediatamente ritenuto per la decisione nel merito, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., il ricorso indicato in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti con esso impugnati.

Condanna la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Protezione Civile, Commissario Delegato per l’Emergenza socio-economico-ambientale della Laguna di Marano Lagunare e Grado – Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia, in persona del legale rappresentante, al pagamento delle spese di giudizio in favore di Geomar Submarine Service s.n.c. per complessivi € 2.000,00 (euro duemila/00).,

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente, Estensore

Angelo Gabbricci, Consigliere

Elena Stanizzi, Consigliere

**IL PRESIDENTE, ESTENSORE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/03/2012

IL SEGRETARIO

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



