

N. 04066/2012 REG.PROV.COLL.  
N. 03922/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 3922 del 2012, proposto da:

Unlimited Software S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Silvano Gravina di Ramacca, presso lo studio del quale è elettivamente domiciliata in Napoli alla Via Chiatamone n. 55;

*contro*

- Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Provveditorato Interregionale OO.PP. Campania e Molise, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, presso la quale è domiciliato per legge in Napoli alla Via A. Diaz n. 11 ;

- Comune di Casalnuovo di Napoli, rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Carbone, con il quale è elettivamente domiciliato in Napoli al Viale Gramsci n. 16 presso lo studio Abbamonte;

*per l'annullamento*

a) della nota del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Provveditorato Interregionale OO.PP. Campania e Molise, prot. n. 18587

dell'8 agosto 2012, con la quale è stata comunicata l'esclusione della società ricorrente dalla procedura aperta per l'affidamento della fornitura di beni e servizi necessari ai fini della completa attuazione del progetto Città Digitale del Comune di Casalnuovo di Napoli, capofila dell'aggregazione dei comuni della provincia di Napoli Gragnano, Volla e Pollena Trocchia;

b) degli atti di gara contenenti la decisione di escludere la società ricorrente ed, in particolare, del verbale di gara del 7 agosto 2012 con cui la commissione giudicatrice ha provveduto ad escludere dalla gara la ricorrente, nonché del bando e del disciplinare di gara nella parte in cui prevede, all'art. 13, a pena di esclusione che la garanzia fideiussoria sia emessa a favore del Comune di Casalnuovo di Napoli;

c) di ogni altro provvedimento presupposto, connesso e consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle amministrazioni resistenti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2012 il dott. Carlo Dell'Olio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto che sussistono le condizioni per la definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata;

Rilevato che:

- con il presente gravame, la società ricorrente si duole essenzialmente del provvedimento di esclusione dalla gara in epigrafe, adottato dalla stazione appaltante sulla scorta della motivazione che la polizza fideiussoria prestata come cauzione provvisoria non sarebbe stata emessa a favore del Comune di Casalnuovo di Napoli, così come prescritto a pena di esclusione dall'art. 13 del disciplinare di gara;

- effettivamente tale polizza fideiussoria indica come beneficiario il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Provveditorato Interregionale OO.PP. Campania e Molise in qualità di stazione appaltante, e non il Comune di Casalnuovo di Napoli;

Considerato che:

- si profila fondata la censura con cui parte ricorrente stigmatizza la violazione congiunta degli artt. 75 e 46, comma 1 bis, del d.lgs. 163/2006, lamentando che in nessun comma del primo articolo è prevista l'esclusione in caso di errata indicazione del beneficiario della polizza fideiussoria prestata per la cauzione provvisoria, e che tale sanzione è comunque preclusa dal principio di tassatività delle cause di esclusione introdotto dalla seconda disposizione, la quale rende nulla ogni prescrizione in senso contrario della *lex specialis* di gara;

- soccorre al riguardo la condivisibile pronuncia resa dal tribunale amministrativo romano in un caso del tutto analogo a quello di specie, alla quale il Collegio integralmente si riporta: “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.” (così TAR Lazio Roma, Sez. I, 8 marzo 2012 n. 2308);

- in conclusione, sulla base di quanto esposto – previa ovviamente declaratoria di nullità dell'art. 13 del disciplinare di gara nella parte in cui riconnette la sanzione dell'esclusione al fatto che la garanzia fideiussoria sia emessa a favore del Comune di Casalnuovo di Napoli – deve essere ravvisata l'illegittimità del gravato provvedimento di esclusione, che merita di essere annullato con assorbimento delle rimanenti censure quivi non esaminate;

- le spese di lite devono essere addebitate alla soccombente stazione appaltante statale nella misura liquidata in dispositivo, mentre vanno compensate per il resto.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara.

Condanna il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Provveditorato Interregionale OO.PP. Campania e Molise, a pagare in favore della società ricorrente le spese del presente giudizio, che si liquidano in complessivi € 2.000,00 (duemila/00), oltre IVA, CPA ed importo del contributo unificato come per legge. Compensa le spese per il resto.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2012

con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Fabio Donadono, Consigliere

Carlo Dell'Olio, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/10/2012

IL SEGRETARIO

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