



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10652 del 2012, proposto dalla società Profit N.G. s.r.l., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I. con le società Pol. Dil. a r.l., ASD Nuova Rugby Roma e ASD All. Volley (mandanti), rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Ida Leonardo e Chiara Romanelli, ed elettivamente domiciliata in Roma, via Principessa Clotilde n. 2, presso lo studio dell'avvocato Maria Ida Leonardo;

contro

Roma Capitale, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Graziosi dell'Avvocatura comunale, con il quale è domiciliato per legge in Roma, via Tempio di Giove n. 21;

per l'annullamento

dei seguenti atti: a) provvedimento di esclusione dalla gara “per il ripristino funzionale, ampliamento e gestione dell'impianto sportivo denominato Tre Fontane Esedra Destra - area Rugby di cui alla determinazione dirigenziale n. 305 del 28 giugno 2012”, assunto nel corso della seduta pubblica del 26 novembre

2012; b) nota prot. n. 7799 del 29 novembre 2012 con la quale è stata comunicata l'esclusione dalla gara; c) tutti i verbali delle sedute della commissione di gara, ivi compreso quello della seduta del 26 novembre 2012; ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi compreso il bando di gara, con particolare riferimento alla clausola che regola la presentazione della polizza fideiussoria;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Roma Capitale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2012 il dott. Carlo Polidori e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

CONSIDERATO che dall'esame dell'impugnata nota del 29 novembre 2012 si evince che il costituendo raggruppamento temporaneo è stato escluso «per inidoneità/irregolarità della documentazione amministrativa, in quanto la copia della cauzione prodotta è carente degli elementi essenziali per renderla conforme alla richiesta del bando, laddove innanzi tutto non era evincibile alcuna sottoscrizione tanto, in particolare, dell'Istituto cauzionante, quanto del partecipante alla gara. Tale prescrizione andava osservata contestualmente alla presentazione della domanda. A fronte di quanto sopra non è stato possibile acquisire la nuova documentazione proposta, ancorché addotta in gara, quale conferma della sussistenza dell'indefettibile adempimento»;

CONSIDERATO che avverso i provvedimenti impugnati la società ricorrente deduce i seguenti motivi:

I) *violazione e/o falsa applicazione dell' art. 97 cost.; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 46 e 75 del d.lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione dell'art. 6 della legge*

241/1990; violazione dei principi di trasparenza, del favor participationis, di buon andamento; eccesso di potere per sproporzione, illogicità manifesta, difetto di istruttoria e di motivazione, contraddittorietà, perplessità, sviamento. La società ricorrente riferisce innanzi tutto che: a) ha presentato nella busta relativa alla documentazione amministrativa l'atto di fideiussione n. OL601110211010 rilasciato, in data 10 settembre 2012, in favore di Roma Capitale, dalla Finworld Spa, per un importo pari ad euro 42.255,00; b) nel corso della seduta del 26 novembre 2012, l'Amministrazione ha riscontrato l'incompletezza della polizza fideiussoria e, in particolare, la mancanza della seconda pagina contenente la firma dell'istituto garante, evidentemente dovuta ad un mero errore materiale da parte della stessa ricorrente nella predisposizione della busta relativa alla documentazione amministrativa; c) nella medesima seduta il rappresentante legale della ricorrente ha esibito alla Commissione di gara la polizza fideiussoria rilasciata dalla Finworld Spa completa della suddetta seconda pagina e dunque della sottoscrizione del fideiussore; d) la Commissione di gara - pur avendo verificato sia l'esatta corrispondenza del numero della polizza con quella esibita dal rappresentante legale della ricorrente, sia l'esistenza della sottoscrizione - non ha consentito la produzione del documento completo. Poste tali premesse, l'impugnato provvedimento di esclusione è illegittimo perché la polizza fideiussoria esiste ed è provvista di tutti gli elementi essenziali previsti dalla disciplina generale e di gara, sicché l'Amministrazione, invece di disporre l'esclusione, avrebbe dovuto attivare il c.d. potere di soccorso, previsto dall'art. 46, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006, e consentire la regolarizzazione della polizza stessa.

II) *violazione e/o falsa applicazione degli artt. 46, comma 1-bis, e 75 del d.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per contraddittorietà, difetto di istruttoria e di motivazione, sviamento.* La società ricorrente sostiene che l'impugnato provvedimento di esclusione è illegittimo anche per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione

sancito dall'art. 46, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 163/2006, perché, secondo la giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. III, 1° febbraio 2012, n. 493), l'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006 non prevede la mancata presentazione della garanzia a corredo dell'offerta quale causa di esclusione dalla gara e, quindi, «il delineato indirizzo giurisprudenziale elimina in radice ogni perplessità, anche in relazione ad una eventuale interpretazione estensiva del bando, ove si prevede l'esclusione in mancanza di fideiussione, prescrizione che in questa sede si impugna in via subordinata ... per nullità»;

CONSIDERATO che i suesposti motivi possono essere trattati congiuntamente e risultano fondati alla luce delle seguenti considerazioni: A) l'art. 46, comma 1-*bis*, del codice dei contratti pubblici, introdotto dall'art. 4, comma 2, lettera d), del decreto legge n. 70/2011, prevede la tassatività delle cause di esclusione dalla procedura di affidamento del contratto di appalto, disponendo come segue: “la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente 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; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”; B) l'art. 75 del codice dei contratti pubblici prevede - ai commi da 1 a 6 - l'obbligo di corredare l'offerta di una garanzia pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente, a garanzia della serietà dell'impegno di sottoscrivere il contratto e quale liquidazione preventiva e forfettaria del danno in caso di mancata stipula per

fatto dell'affidatario; tuttavia tale disposizione non prevede alcuna sanzione di inammissibilità dell'offerta o di esclusione del concorrente per l'ipotesi in cui la garanzia non venga prestata, mentre l'ottavo comma dello stesso articolo 75, prevede espressamente "a pena di esclusione" che l'offerta sia corredata altresì dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia di cui all'articolo 113 (ossia la garanzia per l'esecuzione del contratto, pari al 10 per cento dell'importo contrattuale), qualora l'offerente risultasse affidatario; C) prima della novella del 2011, con la quale è stato introdotto il comma 1-bis nell'art. 46 del codice dei contratti pubblici, la prevalente giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746) riteneva che la cauzione provvisoria, assolvendo la funzione di garantire la serietà dell'offerta, costituisse parte integrante dell'offerta stessa e non elemento di corredo, sicché la mancata produzione della garanzia giustificava l'esclusione dalla gara; D) a seguito della novella del 2011 la giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. III, 1° febbraio 2012, n. 493) ha chiarito che la disposizione dell'art. 46, comma 1-*bis*, del codice dei contratti pubblici impone una diversa interpretazione dell'art. 75, che valorizza la diversa formulazione letterale del comma 6, in relazione al comma 8, e rende 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»; E) alla luce di tale condivisibile opzione ermeneutica, non risulta condivisibile la tesi sostenuta dall'A.V.C.P. nella determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, recante "Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-*bis*, del codice dei contratti pubblici" (che comunque non vincola questo Tribunale, tanto più se si considera che non è richiamata nel bando, essendo successiva alla pubblicazione dello stesso), secondo la quale costituiscono cause di esclusione tanto la mancata presentazione della cauzione provvisoria,

quanto la mancata sottoscrizione da parte del garante, perché tale tesi risulta in contrasto con la *ratio* della novella del 2011, evidentemente tesa a limitare le cause di esclusione dalle gare ed a favorire, in ossequio al principio del *favor participationis*, la regolarizzazione delle domande e delle offerte che siano prive dei requisiti richiesti dalla legge o dal bando; F) deve quindi ritenersi che il bando relativo alla gara di cui trattasi sia nullo, ai sensi dell'art. 46, comma 1-*bis*, del codice dei contratti pubblici, nella parte in cui prevede quale causa di esclusione dalla gara la mancata allegazione della polizza fideiussoria di cui all'art. 75, comma 1, del medesimo codice, e che il provvedimento di esclusione della ricorrente sia illegittimo, perché adottato con riferimento ad una fattispecie che la legge considera come una mera irregolarità sanabile ai sensi dell'art. 46, comma 1, del codice dei contratti pubblici;

CONSIDERATO che, stante quanto precede, il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, si deve dichiarare la nullità del bando nella parte in cui prevede quale causa di esclusione dalla gara la mancata allegazione della polizza fideiussoria di cui all'art. 75, comma 1, del codice dei contratti pubblici e si deve disporre l'annullamento del provvedimento di esclusione della società ricorrente;

CONSIDERATO che, in applicazione della regola della soccombenza, le spese relative al presente giudizio, quantificate nella misura indicata nel dispositivo, devono essere poste a carico dell'Amministrazione resistente;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso 10652/2012, lo accoglie e, per l'effetto, dichiara la nullità del bando di nella parte in cui prevede quale causa di esclusione dalla gara la mancata allegazione della polizza fideiussoria di cui all'art. 75, comma 1, del codice dei contratti pubblici ed annulla il provvedimento di esclusione della società ricorrente.

Condanna l'Amministrazione resistente al pagamento, in favore della parte ricorrente, delle spese di giudizio, che si quantificano in complessivi euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre i.v.a. e c.p.a. come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Salvatore Mezzacapo, Consigliere

Carlo Polidori, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/01/2013

IL SEGRETARIO

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