

Il principio di tassatività delle cause di esclusione e dimostrazione del possesso della certificazione di qualità ai fini dell'ammissione al beneficio del dimezzamento della cauzione.

di Anna Carella

Data di pubblicazione: 19-11-2012

Consiglio di Stato – Sezione Terza – sentenza 4 ottobre 2012, n. 5203
Presidente FF Botto; Estensore Puliatti

In difetto di esplicite sanzioni di esclusione contenute nella legge e/o nel bando, deve ritenersi che non possa farsi luogo ad esclusioni, come prevede ora l'art. 46, comma 1 bis del Codice dei contratti, modificato dall'art. 4, comma 2, lett. d) del D.L. 13 maggio 2011, n. 70. Invero, il principio della tassatività delle cause di esclusione, introdotto con portata generale da tale norma, risulta già da tempo elaborato dalla giurisprudenza e rappresenta un'espressione del principio del "favor participationis". Difatti, la giurisprudenza formatasi anteriormente alla novella del 2011 ha costantemente osservato che nelle gare pubbliche le cause di esclusione, incidendo sull'autonomia privata delle imprese e limitando la libertà di concorrenza, nonché il principio di massima partecipazione, sono tassative e non possono essere interpretate analogicamente e, qualora manchi una chiara prescrizione che imponga in modo esplicito l'obbligo della esclusione, vale il principio della più ampia partecipazione alla gara allo scopo di garantire il migliore risultato per l'amministrazione stessa.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1986 del 2012, proposto da: ?City Insurance S.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Giovanni Caruso e Sergio Como, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Como in Roma, via Giovanni Antonelli, 49;

contro

AM Trust Europe Limited, in persona del legale rappresentante pro-tempore;

nei confronti di

Azienda Sanitaria Locale di Potenza Asp, in persona del legale rappresentante pro-tempore;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. BASILICATA - POTENZA, SEZIONE I n. 00622/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO DEI SERVIZI DI ASSICURAZIONE PER RESPONSABILITA' CIVILE VERSO TERZI E VERSO PRESTATORI D' OPERA.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 maggio 2012 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e udito l'Avv. Como;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'Azienda sanitaria Locale di Potenza ha indetto una gara da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento dei servizi assicurativi e tra questi del lotto n. 1 relativo al servizio di assicurazione per responsabilità civile verso terzi e verso i prestatori d'opera.

La gara è stata aggiudicata a City Insurance S.A. con delibera n. 181 del 14.3.2011.

2. Ha proposto ricorso avverso l'aggiudicazione la seconda classificata, AM Trust Europe Limited, che ha dedotto la violazione e falsa applicazione degli artt. 49 e 75 del D.Lgs 163/2006, assumendo che l'aggiudicataria non potesse beneficiare della riduzione della cauzione provvisoria non avendo dimostrato il requisito del possesso della certificazione di qualità aziendale. Inoltre, ha dedotto la violazione degli artt. 41 e 49 D.Lgs 163/2006 e l'eccesso di potere sotto vari profili; la violazione e falsa applicazione della lex di gara, perché l'aggiudicataria avrebbe formulato un'offerta parziale e incompleta; la carenza di istruttoria e il difetto di motivazione, non avendo la Commissione di gara rilevato che l'aggiudicataria aveva reso una dichiarazione non veritiera in merito al requisito di capacità tecnica e professionale.

3. Con la sentenza appellata è stato accolto il ricorso per la fondatezza del motivo con cui si deduceva la violazione dell'art. 75 codice degli appalti, non potendo l'Azienda accordare il beneficio del dimezzamento della cauzione in assenza di idonea documentazione attestante il possesso della certificazione di qualità in capo alla concorrente che intendeva avvalersi del beneficio; né la stazione appaltante avrebbe potuto attribuire rilievo alla certificazione posseduta dalla Anglo Lombarda, che ha prestato fideiussione per nome e conto dell'aggiudicataria, non essendo configurabile come impresa ausiliaria della concorrente, in difetto di un contratto di avvalimento.

4. Propone appello l'aggiudicataria City Insurance S.A. deducendo l'error in iudicando in cui è incorso il primo giudice, la violazione dell'art. 75, VII comma, del D.Lgs 163/2006 e del combinato disposto dell'art. 46, comma I, dello stesso D.Lgs, l'erroneità della motivazione

posta a fondamento dell'accoglimento del gravame. Afferma che correttamente la Commissione di gara, in applicazione del favor participationis e della par condicio, ha ritenuto con motivazione logica e congrua, nell'esercizio della propria discrezionalità, che sussisteva il requisito per accedere al beneficio del dimezzamento della fideiussione, facendo proprio un criterio valutativo poi formalmente introdotto dalla normativa di settore quale principio di tassatività delle cause di esclusione (art. 46, comma 1 bis, codice contratti, introdotto dall'art. 4, comma II, lett. d) D.L. 13.5.2011, n. 70). Inoltre, l'appellante sostiene che l'art. 75, commi I e II, del codice degli appalti non consente l'esclusione dalla gara nel caso di mancata prestazione della cauzione nella misura richiesta, a garanzia della serietà dell'offerta, e che in ogni caso avrebbe potuto essere chiesta la regolarizzazione sia della cauzione che della certificazione di qualità.

5.All'udienza del 25 maggio 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. L'appello è fondato.

2. Correttamente la Commissione ha ammesso l'appellante alla gara, nonostante avesse prestato la garanzia di cui all'art. 75, comma I, cod. contratti in misura dimezzata pur senza dimostrare il possesso della certificazione di qualità.

In verità, va rilevato che il bando non prescriveva esclusioni per la mancata presentazione di certificazione di qualità, né ciò sarebbe desumibile dall'art. 43 cod. contratti.

Inoltre, seppure la cauzione provvisoria di cui all'art. 75, comma I, sia stata prestata dimezzata del 50% , va rilevato che la norma del codice citata non prescrive l'esclusione dalla gara per tale ragione e, dunque, implicitamente consente la regolarizzazione della cauzione medesima.

In difetto di esplicite sanzioni di esclusione contenute nella legge e/o nel bando, deve ritenersi che non possa farsi luogo ad esclusioni, come prevede ora l'art. 46 comma 1 bis del codice dei contratti, modificato dall'art. 4, comma II, lett. d) D.L. 13.5.2011, n. 70.

Vero è che tale norma è successiva al bando ed all'espletamento della gara in esame, tuttavia essa introduce un principio di portata generale, quale quello della tassatività delle cause di esclusione, già da tempo elaborato dalla giurisprudenza e che rappresenta un'espressione del principio del "favor participationis".

La giurisprudenza formatasi anteriormente alla novella del 2011 ha costantemente osservato che nelle gare pubbliche le cause di esclusione, incidendo sull'autonomia privata delle imprese e limitando la libertà di concorrenza, nonché il principio di massima partecipazione, sono tassative e non possono essere interpretate analogicamente e, qualora manchi una chiara prescrizione che imponga in modo esplicito l'obbligo della esclusione, vale il principio della più ampia partecipazione alla gara allo scopo di garantire il migliore risultato per l'amministrazione stessa (Consiglio Stato sez. IV, 12 giugno 2009, n. 3696; T.A.R. Lazio sez. I, 21 luglio 1997, n. 1157).

3. In conclusione, l'appello va accolto.

4. Le spese si compensano tra le parti per giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, respinge il ricorso originariamente proposto.

Spese compensate .

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati 29 luglio 2011

Alessandro Botto, Presidente FF

Dante D'Alessio, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA II 04/10/2012

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Con la pronuncia in commento è ritenuta legittima, in ossequio al principio di tassatività delle cause di esclusione, l'aggiudicazione di una gara in favore di un'impresa che ha prestato la garanzia in misura dimezzata ai sensi dell'art. 75, comma 7 del Codice dei contratti, pur senza dimostrare il possesso della certificazione di qualità. Difatti, in mancanza di un'esplicita sanzione di esclusione tanto nel bando quanto nell'art. 75 del Codice, è considerata implicitamente ammessa la regolarizzazione postuma.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

I Giudici della Terza Sezione, rilevata l'assenza di un'esplicita sanzione di esclusione nella legge e/o nel bando, nel ritenere legittima l'offerta presentata dall'aggiudicataria fanno applicazione del **principio di tassatività delle cause di esclusione**.

Com'è noto, detto principio è stato di recente positivizzato ad opera art. 4, comma 2, lett. d) D.L. 13 maggio 2011, n. 70 che ha introdotto il **comma 1 bis nel testo dell'art. 46 del Codice dei contratti pubblici** (*“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”).

Tuttavia – rilevano i Giudici – **già prima dell’introduzione del comma 1 bis, detto principio operava nel nostro ordinamento per il merito di un’elaborazione giurisprudenziale** che *“ha costantemente osservato che nelle gare pubbliche le cause di esclusione, incidendo sull’autonomia privata delle imprese e limitando la libertà di concorrenza, nonché il principio di massima partecipazione, sono tassative e non possono essere interpretate analogicamente e, qualora manchi una chiara prescrizione che imponga in modo esplicito l’obbligo della esclusione, vale il principio della più ampia partecipazione alla gara allo scopo di garantire il migliore risultato per l’amministrazione stessa”*.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Si deve, tuttavia, apprezzare il maggior rigore che la codificazione del principio di tassatività delle cause di esclusione ha infuso su un canone fino ad ora elaborato a livello pretorio.

Ciò è dimostrato dalla pronta e risoluta risposta data dalla pronuncia in commento ad una questione, quella inerente alle conseguenze della mancata dimostrazione del possesso della certificazione di qualità, prima d’ora oggetto di difformi soluzioni giurisprudenziali.

In precedenti pronunce, difatti, il giudice amministrativo ha considerato la dimostrazione documentale del possesso della certificazione di qualità uno di quei presupposti necessari per poter accedere al beneficio di cui all’art. 75, comma 7 del Codice, altrimenti integrando gli estremi di una legittima causa di esclusione.

Il beneficio del dimezzamento della cauzione – si è sostenuto – essendo riconosciuto ad un’impresa in considerazione di una sua particolare condizione soggettiva per cui questa è ritenuta maggiormente affidabile, sia come concorrente che come potenziale affidataria dell’appalto, deve essere ancorato a determinati presupposti, tra cui appunto la dimostrazione documentale del possesso della certificazione (in tal senso, cfr. Tar Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 11 gennaio 2007 n. 36; Tar Campania, Napoli, Sez. I, 28 giugno 2005, n. 8841; Tar Basilicata, 8 novembre 2004, n. 746).

Invece, in senso conforme alla pronuncia in esame si era già espresso il Consiglio di Stato (Sez. V, 22 ottobre 2010, n. 7610) secondo cui l’obbligo di documentare la sussistenza del requisito soggettivo indispensabile per ottenere il beneficio della riduzione della cauzione provvisoria, qualora non assolto con la presentazione della documentazione amministrativa, non determina l’automatica esclusione dell’interessato dalla gara nell’ipotesi in cui ciò non sia espressamente previsto dal bando di gara.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

Sul principio di tassatività delle cause di esclusione degli appalti pubblici, si veda:

- M. Monteduro - *“Art. 46 - Le novità introdotte dal D.L. 13 maggio 2011, n. 70 c.d. decreto*

sviluppo in tema di tassatività delle clausole di esclusione in “Codice dei Contratti Pubblici” – a cura di F. Caringella e M. Proto, Ed. DIKE 2012, 373 ss.;

- G. Barzani, “*Il principio di tassatività delle cause di esclusione dagli appalti pubblici*” in *I contratti dello Stato e degli Enti Pubblici*, 2012, 1, 5 ss.

- D. Capotorto – M. Nunziata, “*Forma e sostanza nella partecipazione alle gare pubbliche: tassatività delle cause di esclusione, integrazioni, controlli sui requisiti e sanzioni*” in www.giustamm.it.