



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 611 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Consorzio Gestione Mense Italia Societa Consortile Arl, rappresentato e difeso dagli avv. Salvatore Dettori, Teresa Felicetti, Valentina Sanna, con domicilio eletto presso quest'ultimo avvocato in Cagliari, via Ada Negri 10;

***contro***

Comune di Porto Torres, rappresentato e difeso dall'avv. Fabrizio Bionda, con domicilio eletto presso Matilde Mura in Cagliari, via Ancona n. 3;

***nei confronti di***

Rti Cocktail Service S.r.l. Conserva Cir Food Cs, rappresentata e difesa dagli avv. Benedetto Ballero, Francesco Ballero, Nicola Melis, con domicilio eletto presso il primo avvocato in Cagliari, corso Vittorio Emanuele n. 76;

***per l'annullamento***

- del provvedimento prot. 14296 dell'11.7.2012, emesso dal Comune di Porto Torres, avente ad oggetto la gara per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica nelle scuole d'infanzia, primarie e secondarie di secondo grado, per gli anni scolastici dal 2012/2013 al 2016/2017;

- dei verbali n. 1 e n. 2 del 10.7.2012, n. 3 del 18.7.2012;

- della nota prot. 14952 del 18.7.2012;

- delle determinazioni n. 56 del 19.7.2012, di aggiudicazione definitiva della gara, e n. 64 del 2.8.2012;

- di ogni altro atto preordinato, connesso e consequenziale;

e con il ricorso per motivi aggiunti depositato il 6 novembre 2012 per l'annullamento:

- della determinazione d'impegno di spesa n. 259 del 13 settembre 2012;

- della determinazione d'impegno di spesa n. 20 del 24 settembre 2012;

- della nota del 25 settembre 2012 con cui il Comune di Porto Torres autorizzava l'ATI Cocktail service all'esecuzione anticipata del contratto.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Porto Torres e di Rti Cocktail Service S.r.l. Conserva Cir Food Cs;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2012 il dott. Gianluca Rovelli e uditi l'avvocato Felicetti per

il ricorrente, l'avvocato Bionda per l'Amministrazione e l'avvocato Melis per la controinteressata;  
ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

La ricorrente ha partecipato alla procedura aperta bandita dal Comune di Porto Torres per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica nelle scuole d'infanzia, primarie e secondarie di primo grado anni scolastici 2012/2013, 2013/2014, 2014/2015, 2015/2016, 2016/2017.

Nella seduta di gara del 10 luglio 2012 veniva esclusa per avere presentato una cauzione del 2% sul prezzo a base di gara di € 667.446,20 e cioè sul prezzo annuale dell'appalto e non sull'importo complessivo dello stesso.

Avverso gli atti in epigrafe indicati e, in particolare, la sua esclusione dalla gara, insorgeva la ricorrente deducendo articolate censure riconducibili ad un unico motivo in diritto:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 75 comma 1 e dell'art. 46 comma 1 bis del d.lgs. 163 del 2006.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento degli atti impugnati previa concessione di idonea misura cautelare.

Si costituiva l'Amministrazione intimata contestando puntualmente le argomentazioni della ricorrente e chiedendo il rigetto del ricorso.

Si costituiva altresì la controinteressata Cocktail service con puntuale contestazione delle argomentazioni contenute nel ricorso e chiedendo il rigetto dello stesso.

Il 6 novembre 2012 la ricorrente depositava atto di motivi aggiunti debitamente notificato per l'annullamento:

della determinazione d'impegno di spesa n. 259 del 13 settembre 2012;

- della determinazione d'impegno di spesa n. 20 del 24 settembre 2012;

- della nota del 25 settembre 2012 con cui il Comune di Porto Torres autorizzava l'ATI Cocktail service l'esecuzione anticipata del contratto.

Il 26 novembre 2012 sia il ricorrente sia il Comune di Porto Torres depositavano memoria difensiva.

Il 30 novembre 2012 la controinteressata depositava memoria di replica.

Il ricorrente depositava memoria di replica il 1° dicembre 2012.

Alla udienza pubblica del 12.12.2012 il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

#### DIRITTO

La questione in diritto da risolvere è semplice. Occorre stabilire se il Comune di Porto Torres, nell'escludere la ricorrente dalla gara per l'insufficiente importo della cauzione provvisoria, abbia agito legittimamente o se, viceversa, abbia adottato un atto in violazione, in particolare, dell'art. 46 comma 1 bis del Codice dei contratti (tassatività delle cause di esclusione).

In punto di fatto la vicenda non presenta elementi di contestazione.

Il Consorzio gestione mense (GES.MEN.IT) ha partecipato alla gara presentando una cauzione provvisoria manifestamente più bassa di quanto era necessario.

Il disciplinare di gara allegato al bando prevedeva, in conformità all'art. 75 del Codice dei contratti, che l'offerta dovesse essere corredata da una garanzia pari al 2% del prezzo a base d'asta indicato nel bando.

Il bando prevedeva con assoluta chiarezza, da un lato, che l'importo di € 667.446,2 era stabilito per un anno, dall'altro, che il contratto doveva essere stipulato per cinque anni. Prevedeva inoltre, il disciplinare, che il totale del prezzo dell'appalto fosse di € 3.337.231. Non è, pertanto, ragionevolmente sostenibile che la documentazione di gara abbia tratto in inganno il ricorrente.

Se il disciplinare di gara prevede un importo annuale, una durata quinquennale del contratto e una cauzione (come

è normale) pari al 2% del prezzo base indicato nel bando, un operatore di media diligenza avrebbe calcolato tale percentuale sull'importo quinquennale (peraltro evidenziato esplicitamente).

Da tale presupposto, ad avviso del Collegio incontestabile, si deve partire per risolvere la questione che, quindi, lungi dal coinvolgere i fatti all'origine della controversia (che sono chiarissimi) è di puro diritto.

Si tratta di comprendere se la prestazione di una cauzione insufficiente può, come argomenta con ampi svolgimenti la ricorrente, essere oggetto di regolarizzazione e, comunque, non può, visto l'art. 46 comma 1 bis del Codice dei contratti, essere causa di esclusione dalla gara.

A supporto delle proprie tesi la ricorrente cita, in particolare, la recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 1 febbraio 2012, n. 493 che ha affermato che a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti pubblici, aggiunto dall'art. 4, comma 2, lett. d), del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, legge 12 luglio 2011, n. 106, che ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare di appalto, deve ritenersi illegittima l'esclusione di una ditta da una gara di appalto di forniture, che sia motivata con riferimento al fatto che la ditta stessa ha presentato una cauzione provvisoria di importo inferiore a quello richiesto. Nella citata sentenza il percorso argomentativo seguito può essere di seguito così riassunto.

L'art. 75 commi 1° e 6° del codice dei contratti prescrive 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. La norma non prevede, però, alcuna sanzione di inammissibilità dell'offerta o di esclusione del concorrente per l'ipotesi in cui la garanzia in parola non venga prestata; a differenza di quanto prevede, invece, l'8° comma dello stesso articolo 75, con riferimento alla garanzia fideiussoria del 10 per cento dell'importo contrattuale per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse affidatario, garanzia che parimenti deve essere presentata unitamente all'offerta. L'interpretazione giurisprudenziale precedente (così si legge nella citata pronuncia) 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 (Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746)

*“Tuttavia la novella legislativa che ha introdotto il comma 1 bis all'art. 46, impone 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 (v. T.A.R. Liguria, 22 settembre 2011, n. 1396)”.*

La disposizione dell'art. 75, comma 6, codice dei contratti va, dunque, intesa, secondo il Consiglio di Stato, nella sentenza qui riportata, nel senso che l'Amministrazione non può disporre l'esclusione del concorrente che abbia presentato la cauzione di importo inferiore a quello richiesto, e in applicazione della regola di cui all'art. 46, comma 1, dello stesso codice deve consentire la regolarizzazione degli atti, tempestivamente depositati, ovvero consentire l'integrazione della cauzione insufficiente.

Ebbene, tutto questo ragionamento, pur considerata l'autorevolezza della pronuncia, non è, ad avviso del Collegio, condivisibile per un dato letterale insuperabile e per la ratio stessa dell'istituto della cauzione provvisoria.

Partendo dal dato letterale, è agevole osservare che l'art. 75 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 prevede

che l'offerta deve essere corredata da una garanzia che persegue il fine di «coprire» la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario «ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo» (commi 1 e 6).

Nelle gare di appalto, quindi, la cauzione provvisoria costituisce, strutturalmente, parte integrante dell'offerta e non mero elemento di corredo della stessa che la stazione possa liberamente richiedere e quantificare (Consiglio di Stato, Sez. V, 18 aprile 2012 n. 2232).

Ciò è tanto vero che l'omessa menzione nella disciplina di gara non ne impedisce l'applicazione avendo, le norme primarie che la prevedono, in parte qua, portata etero integrativa di quest'ultima. In definitiva, la prestazione della garanzia costituisce un elemento essenziale, avendo la funzione, in una prospettiva concorrenziale, di assicurare la serietà e affidabilità dell'offerta.

Correttamente la stazione appaltante, quindi, non avrebbe potuto consentire di rivedere il contenuto della fideiussione per adeguarlo alle prescrizioni della lex specialis, il che avrebbe alterato la regola della par condicio delle imprese.

Il ricorso deve, in definitiva essere respinto, siccome infondato.

Le spese di giudizio possono essere compensate, vista la novità della questione trattata e la sussistenza di difformi indirizzi giurisprudenziali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Marco Lensi, Consigliere

Gianluca Rovelli, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/02/2013

IL SEGRETARIO

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