



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**Il Consiglio di Stato**  
**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8415 del 2007, proposto dalla s.r.l. L'Investigatore, in qualità di capogruppo mandataria dell'Associazione temporanea di impresa costituita con le società La Nuova Lince s.r.l., Istituto di vigilanza la Leonessa s.p.a. e Civin vigilanza s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Alfredo Contieri e Gennaro Macri, con domicilio eletto presso l'avvocato De Cilla-Napolitano in Roma, via Zara, 16;

***contro***

Circumvesuviana s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Gennaro Improta, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via della Meloria, 52;

***nei confronti di***

International Security Service s.r.l., in qualità di capogruppo dell'Associazione temporanea di impresa International Security Service;

***per la riforma***

della sentenza 17 maggio 2007, n. 5337, del Tribunale amministrativo regionale della Campania, Napoli, Sezione prima.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 ottobre 2012 il Cons. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti gli avvocati Macri e Improta.

**FATTO**

1.- L'Investigatore s.r.l., in qualità di capogruppo mandataria dell'Associazione temporanea di impresa costituita con le società La Nuova Lince s.r.l., Istituto di vigilanza la Leonessa s.p.a. e Civin vigilanza s.r.l. (d'ora innanzi solo Investigatore s.r.l. o società), ha partecipato alla procedura di gara indetta dalla Circumvesuviana s.r.l., con bando pubblicato in data 30 dicembre 2005, per l'affidamento biennale del servizio di vigilanza consistente nei servizi di piantonamento, di teleallarme e di vigilanza a bordo del materiale rotabile per un importo di euro 2.000.000,00, da

aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La commissione, nella seduta del 2 marzo 2006, ha escluso la società per riscontrate carenze documentali. Inoltre, è stato rilevato che la fideiussione prestata non era conforme alla *lex specialis*, sia perché aveva una durata inferiore ai centottanta giorni previsti nel bando, sia in quanto l'operatività dell'escussione – a seguito della richiesta del creditore – era prevista in trenta giorni e non in quindici.

La società ha impugnato tali atti innanzi al Tribunale amministrativo regionale della Campania, Sede di Napoli, rilevando l'illegittimità della sua esclusione, per violazione del principio di massima partecipazione, nonché dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, dell'art. 16 del d.lgs. n. 157 del 1995 e della *lex specialis*. In particolare, si è affermato che l'esclusione si sarebbe dovuta evitare chiedendo una integrazione documentale.

Inoltre, è stata dedotta, oltre l'illegittimità degli atti impugnati per eccesso di potere, la violazione: a) dell'art. 24 del d.lgs. n. 158 del 1995, dei principi di pubblicità delle gare, di trasparenza, di *par condicio*, dell'art. 97 Cost., del principio di irragionevolezza; b) dell'art. 44 della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, dei principi fondamentali di non discriminazione e di tutela della concorrenza ex artt. 3 e 4 del Trattato CE, degli artt. 41 e 117 Cost. e 1, comma 1, della legge n. 287 del 1990, dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990, dell'art. 4, comma 3, lettera a), del d.lgs. n. 158 del 1995, degli artt. 13 e 14 del d.lgs. n. 157 del 1995, del principio di ragionevolezza; c) dei principi di tutela della *par condicio* dei concorrenti e di trasparenza.

La società ha poi proposto ricorso per motivi aggiunti avverso l'atto di aggiudicazione, rilevando: la inadeguata e contraddittoria valutazione del punteggio relativo all'offerta di servizi migliorativi effettuata dall'aggiudicataria; il difetto di motivazione dell'aggiudicazione; l'inadeguatezza dell'istruttoria con riferimento alla regolarità della posizione fiscale di alcune società dell'ATI aggiudicataria e in particolare della Security service s.r.l., nonché l'inidoneità dei D.u.r.c. prodotti dalle società l'Aquila e la Sicurezza.

1.1.– Il Tribunale amministrativo, con la sentenza 17 maggio 2007, n. 5337, ha dichiarato inammissibile il ricorso. In particolare, il Tar ha ritenuto legittima l'esclusione ed ha conseguentemente dichiarato inammissibili gli altri motivi di ricorso, per irrilevanza dell'interesse strumentale al rinnovo della procedura di gara.

2.– La società ha impugnato tale sentenza, riproponendo i motivi di ricorso in primo grado, compresi quelli non esaminati dal primo giudice. In particolare, si è rilevata, come già sottolineato, la violazione dell'obbligo della stazione appaltante di chiedere l'integrazione documentale relativamente alle modalità di prestazione della garanzia fideiussoria. Inoltre, si è contestata, riproponendo gli altri motivi, la decisione di ritenere insussistente l'interesse strumentale alla rinnovazione della procedura di gara.

2.1.– Si è costituita in giudizio la Circumvesuviana s.r.l., chiedendo il rigetto dell'appello.

3.– All'udienza del 30 ottobre 2012, la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

1.– La questione posta all'esame di questa Sezione impone di stabilire, in primo luogo, se sia legittima l'esclusione dell'appellante dalla procedura di gara per le irregolarità connesse alla prestazione della garanzia provvisoria di corredo dell'offerta e, in particolare, se dovesse essere consentita l'integrazione documentale.

In secondo luogo, il Collegio deve verificare, qualora si ritenga sussistente tale illegittimità, se possa trovare ingresso nel giudizio l'interesse strumentale alla rinnovazione di gara, con la conseguente necessità di valutare in tal caso gli altri motivi di ricorso indicati nella parte in fatto.

2.– Con riguardo al primo aspetto, l'art. 75 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), prevede che l'offerta deve essere corredata da una garanzia che persegua 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).

La prestazione della garanzia costituisce un elemento essenziale, avendo la funzione, in una prospettiva concorrenziale, di assicurare la serietà e affidabilità dell'offerta (Cons. Stato, Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746).

Nella procedura di gara in esame, inoltre, l'art. 1 del disciplinare di gara ha previsto che nella busta A dovesse essere contenuta, tra l'altro, a pena di esclusione, la cauzione provvisoria che deve essere «valida per almeno centottanta giorni successivi al termine di presentazione delle offerte». Inoltre, doveva essere prevista la sua «operatività entro quindici giorni a semplice richiesta della stazione appaltante».

Con l'atto impugnato in primo grado, l'amministrazione ha rilevato, con una statuizione non contestata, che tale previsione non è stata rispettata. Infatti, la società ha prestato una garanzia di durata inferiore al termine sopra indicato, con il previsto obbligo del garante di pagare a prima richiesta entro il termine di trenta giorni, più lungo rispetto a quello previsto di quindici.

In definitiva, dunque, può ritenersi accertata la non conformità del contratto di fideiussione alle regole previste per la partecipazione alla gara.

2.1.– Si tratta, a questo punto, di stabilire se doveva essere consentita, come ritenuto dall'appellante, l'integrazione documentale.

La giurisprudenza di questo Consiglio è costante nel ritenere che il cosiddetto dovere di soccorso istruttorio – e cioè la possibilità di integrare la documentazione lacunosa – non è possibile in presenza di una previsione di gara il cui rispetto è imposto chiaramente a pena di esclusione ovvero di una clausola che contempla il deposito di un elemento essenziale (Cons. Stato, sez. V, 15 settembre 2009, n. 5503; Id., 8 settembre 2008, n. 4252).

Nel caso di specie mancano entrambi i requisiti di tipo negativo: il rispetto della previsione del disciplinare era chiaramente previsto a pena di esclusione; la prestazione di garanzia costituisce un elemento essenziale.

Ne consegue che correttamente la stazione appaltante, come già affermato dal primo giudice, 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.

Né per pervenire ad una diversa conclusione si può richiamare, come fatto dall'appellante nella memoria del 17 ottobre 2012, le sentenze di questo Consiglio che hanno ritenuto sanabile o regolarizzabile la prestazione relativa alla cauzione provvisoria.

Tali sentenze hanno, infatti, fatto applicazione dell'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, inserito dall'art. 4, comma 2, lettera d) del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, il quale ha introdotto il principio di tassatività della cause di esclusione che sono esclusivamente quelle previste dal codice e dal regolamento, nonché quelle giustificate, tra l'altro, dalla mancanza di elementi essenziali dell'offerta. Si è, inoltre, stabilito che i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione.

Alla luce di questa nuova normativa si è ritenuto che le irregolarità connesse alla prestazione della cauzione provvisoria, in mancanza di una previsione legislativa espressa da parte dell'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006, non possa legittimare l'esclusione dalla gara (Cons. Stato, Sez. III, 1 febbraio 2012, n. 493).

Tale orientamento, come riconosce la stessa giurisprudenza che di esso ha fatto applicazione, non è, però, applicabile, a prescindere da ogni altra valutazione relativa alla possibile qualificazione della prestazione di garanzia come elemento essenziale, ai procedimenti amministrativi che si sono svolti, come quello in esame, anteriormente all'entrata in vigore della nuova disposizione (Cons. Stato, Sez. III, n. 493 del 2012, cit.).

3.– Con riguardo al secondo aspetto, una volta constatata, con statuizione definitiva, la non illegittimità dell'atto di esclusione, si tratta di stabilire se sia corretta la decisione del primo giudice che ha rilevato l'inammissibilità degli altri motivi di ricorso.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza 7 aprile 2011, n.4 ha affermato che la «legittimazione al ricorso, nelle controversie riguardanti l'affidamento dei contratti pubblici, spetti esclusivamente ai soggetti partecipanti alla gara, poiché solo tale qualità si connette all'attribuzione di una posizione sostanziale differenziata e meritevole di tutela».

Nella sentenza si è, inoltre, rilevato che non è sufficiente «la mera partecipazione (di fatto) alla gara» per attribuire la legittimazione al ricorso. La situazione legittimante costituita dall'intervento nel procedimento selettivo, infatti, «deriva da una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva». Ne consegue che la definitiva esclusione o, come nel caso in esame, l'accertamento dell' illegittimità della partecipazione alla gara impedisce, per il suo carattere retroattivo, «di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva».

Ne consegue che soltanto «il ricorrente che ha partecipato legittimamente alla gara può far valere tanto un interesse "finale" al conseguimento dell'appalto affidato al controinteressato, quanto, in via alternativa (e normalmente subordinata) l'interesse "strumentale" alla caducazione dell'intera gara e alla sua riedizione (sempre che sussistano, in concreto, ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta)». Ma l'interesse strumentale allegato, in questo modo, potrebbe assumere rilievo, eventualmente, solo dopo il positivo riscontro della legittimazione al ricorso.

In definitiva, dunque, l'interesse strumentale di per sé considerato, costituendo una «una utilità meramente ipotetica o eventuale, che richiede, per la sua compiuta realizzazione (...) il passaggio attraverso una pluralità di fasi e di atti ricadenti nella sfera della più ampia disponibilità dell'amministrazione» non risulta «idoneo a determinare, da solo, il riconoscimento di una situazione differenziata, fondante la legittimazione al ricorso» (da ultimo, in questo senso, tra gli altri, anche Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2012, n. 4842).

Rispetto a tale orientamento espresso dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nel corso del presente giudizio non sono state formulate osservazioni critiche, tali da far riveditare la questione.

In applicazione del principio da essa formulato, si deve confermare la statuizione di inammissibilità, contenuta nella sentenza impugnata..

4.– Per le ragioni sin esposte l'appello deve essere rigettato.

5.– I motivi posti a fondamento della presente decisione giustificano l'integrale compensazione tra le parti delle spese processuali del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando sull'appello n. 8415 del 2007, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Le spese processuali del presente grado di giudizio sono integralmente compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Aldo Scola, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/12/2012

IL SEGRETARIO

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