



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

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9209 del 2012, proposto da:

Codess Sociale Società Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Pavanini, Valeria Zambardi e Marco Feroci, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Marco Feroci in Roma, via Cesare Beccaria, 88;

contro

Comune di Vicenza, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Loretta Checchinato, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Fabio Francesco Franco in Roma, via P. Luigi da Palestrina 19;

Proposta Società Cooperativa a r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Nicola Zampieri e Stefano Gattamelata, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Stefano Gattamelata in Roma, via di Monte Fiore 22;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. VENETO – VENEZIA, SEZIONE I n. 1376/2012, resa tra le parti, concernente affidamento gestione dei servizi socio - educativi per la prima infanzia

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Vicenza e di Proposta Società Cooperativa a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 giugno 2013 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti l'avv. Marco Feroci, l'avv. Franco per delega dell'avv. Loretta Checchinato e l'avv. Stefano Gattamelata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Codess Sociale Società Cooperativa Sociale Onlus, avendo partecipato alla procedura di gara indetta dal Comune di Vicenza per l'affidamento della gestione in regime di concessione di servizi socio educativi per la prima infanzia, impugnava con ricorso al TAR Veneto la determinazione di aggiudicazione della gara ed *in parte*

qua, il verbale del 7 giugno 2012 della commissione giudicatrice.

Il ricorso era affidato ai seguenti motivi: violazione della *par condicio*; violazione degli artt. 2 e 75 del d. lgs. n. 163 del 2006; violazione della *lex specialis* di gara.

In particolare Codess Sociale lamentava che illegittimamente l'aggiudicataria Proposta Società Cooperativa Sociale a r.l., precedentemente esclusa per aver presentato una cauzione provvisoria insufficiente, fosse stata riammessa in gara.

2.- Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, con sentenza n. 1376 del 2012, respingeva il ricorso con compensazione di spese, ritenendo che la presentazione di cauzione di importo insufficiente non rientra tra le cause di esclusione contemplate dall'art. 46, comma 1 *bis* del d. lgs. n. 163 del 2006 e richiamava precedenti giurisprudenziali in tal senso.

3.- Codess Sociale con il ricorso di appello in esame ha impugnato la suddetta sentenza di cui chiede l'annullamento o la riforma perché erronea alla stregua dei seguenti motivi:

violazione del principio della *par condicio*; violazione dell'art. 2 del d. lgs. n. 163 del 2006; violazione dell'art. 75 del codice dei contratti e della *lex specialis* di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 46 comma 1 *bis* del codice dei contratti; omessa e insufficiente motivazione.

Il Comune di Vicenza costituitosi in giudizio ha chiesto il rigetto dell'appello.

Proposta Società Cooperativa a r.l., costituitasi in giudizio ha chiesto il rigetto dell'appello, assumendo la correttezza della decisione del TAR sulla portata dell'art. 46 *bis* del d. lgs. n. 163 del 2006 e la legittimità della disposta riammissione in gara anche in ragione della ambiguità della clausola della *lex* di gara sull'importo della cauzione provvisoria.

Le parti hanno depositato memorie difensive e di replica ed alla pubblica udienza del 18 giugno 2013, il giudizio è stato assunto in decisione.

4.- L'appello è infondato e deve essere respinto.

Le censure svolte dalla società appellante muovono dall'assunto che l'integrazione della cauzione provvisoria avvenuta in corso di gara da parte dell'aggiudicataria Proposta Società Cooperativa Sociale costituisca un'integrazione postuma dell'offerta di gara e pertanto violi il principio della *par condicio* dei concorrenti, nonché un'espressa previsione del bando e, che erroneamente, il TAR avrebbe ritenuto legittima l'integrazione alla stregua dell'art. 46 *bis* del d. lgs. n. 163 del 2006.

Ritiene il Collegio che la questione sulla legittimità dell'integrazione della cauzione provvisoria nel caso in esame trova ragione non già nella previsione dell'art. 46 del d. lgs. n. 163 del 2006 a seguito delle modifiche apportate dal d.l. n. 70 del 2011, quanto nel principio del *favor participationis* in presenza di clausola della *lex* di gara relativa al versamento della cauzione provvisoria formulata in maniera ambigua.

Il Bando chiedeva infatti che la cauzione provvisoria fosse pari all'importo di base relativo al lotto per cui si presenta l'offerta. L'importo base veniva identificato all'art. 3 del Capitolato Speciale come il valore presunto per la gestione di ciascun asilo nido, pari a 295 euro iva esclusa. Lo stesso articolo 3 definiva quindi importo complessivo dell'appalto e/o del lotto quello ottenuto attraverso la moltiplicazione ivi proposta.

Non risultava, quindi, chiaro se la cauzione provvisoria fosse da calcolarsi in relazione all'importo di base del lotto o all'importo complessivo.

L'aggiudicataria ha interpretato la clausola nel senso che la cauzione provvisoria andasse calcolata sul prodotto dell'importo base per il numero dei posti – asilo per 11 mesi, confortata in ciò anche dalla clausola relativa alla quantificazione della cauzione definitiva, prevista nella misura pari al 10% dell'importo contrattuale che altro non è che l'importo complessivo al netto del ribasso d'asta.

Se tale calcolo era errato, l'errore era scusabile perché determinato da una disposizione della *lex* di gara tutt'altro che chiara.

E' principio quieto in giurisprudenza quello secondo cui ogni dubbio, ambiguità o equivocità delle norme di gara non può andare a danno del concorrente.

Ne consegue che sia per la giusta tutela dell'affidamento del privato, sia per favorire la più ampia partecipazione alle procedure concorsuali, in tali casi va consentita l'integrazione ove l'errore in cui è incorso il concorrente trovi causa nel poco chiaro dettato della previsione del bando.

Per tale assorbente considerazione deve ritenersi legittima la disposta riammissione in gara di Proposta Società Cooperativa a r.l. disposta dalla commissione di gara.

L'appello va in conseguenza respinto e va confermata con diversa motivazione la sentenza appellata.

Sussistono giusti motivi per disporre tra le parti la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello e, per l'effetto, conferma con diversa motivazione la sentenza impugnata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Manfredo Atzeni, Presidente FF

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/09/2013

IL SEGRETARIO

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