



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 4968 del 2017, proposto da:

Arca S.p.a.-Agenzia Regionale Centrale Acquisti, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Lucia Tamborino, con domicilio eletto presso lo studio Emanuela Quici in Roma, via Nicolò Porpora 16;

contro

Ep S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Armando Profili, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Palumbo 26;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE IV n. 00785/2017, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ep Spa;

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 5 ottobre 2017 il Cons. Umberto Realfonzo e uditi per le parti gli avvocati Emanuela Quici su delega di Maria Lucia Tamborino e Domenico Semeraro su delega di Armando Profili;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con la sentenza appellata il Tar ha annullato gli atti con cui ARCA S.p.A.- Agenzia Regionale Centrale Acquisti ha irrogato la sanzione di euro 50.000,00 inflitta a E.P. S.p.A. per avere dichiarato il possesso della sola certificazione UNI EN ISO 9001:2008 nell'apposito modello allegato alla domanda di partecipazione alla gara indicata in epigrafe.

L'ARCA avrebbe ritenuto essenziale la mancata tempestiva dimostrazione -- entro il termine tassativamente esposto dei sette giorni - del possesso della certificazione UNI EN ISO 14.001 che invero avrebbe dato diritto allo sconto della cauzione dell'ulteriore 20% (oltre 50% per il possesso della UNI EN ISO 9001:2008).

L'appellata, comunque aveva adempiuto al deposito del certificato ed al pagamento della sanzione al fine di essere ammessa alla gara.

La decisione impugnata, in sintesi, è affidata alle seguenti considerazioni:

-- la regola per cui l'art. 75, 1° e 6° comma dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006 non prevedeva alcuna sanzione di inammissibilità dell'offerta o di esclusione del concorrente per l'ipotesi in cui la garanzia in parola non fosse stata prestata;

-- tale regola era logicamente applicabile anche all'ipotesi in cui il concorrente avesse inteso avvalersi del beneficio di prestare la cauzione in misura ridotta, secondo quanto previsto dall'art. 75, comma 7, del previgente codice dei contratti pubblici, pur senza fornire la prova del possesso della certificazione ISO;

-- ai fini del dimezzamento della cauzione provvisoria, ai sensi dell'art. 75, comma 7, d.lgs. n. 163 del 2006, non era necessario che la certificazione del sistema di qualità fosse allegata alla domanda di partecipazione: la predetta

norma distingueva, infatti, tra segnalazione del possesso del requisito e documentazione dello stesso;

-- tale segnalazione poteva essere anche implicita, “*ossia manifestarsi con la prestazione della cauzione dimezzata, non essendo previste particolari formalità*”; la documentazione avrebbe potuto, invero, essere anticipata al momento della presentazione dell'offerta, se così avesse preferito il concorrente, ma non vi erano “ragioni per escludere” che la stessa fosse presentata “*più avanti nel corso della procedura*” (cfr., in termini, Cons. di Stato, sent. 5 dicembre 2013, n. 5781).

-- la stessa *lex specialis* di gara, con riferimento alle norme da applicare per la dimostrazione del diritto alla riduzione della cauzione provvisoria, aveva fatto un semplice rinvio alle disposizioni di cui all'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006.

L'appello dell'ARCA è affidato a due profili di gravame relativi all'errore di fatto circa il comportamento della società ed alla violazione degli articoli 38, comma 2-bis e 46, comma 1-ter, dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006.

L'appellata non si è costituita in giudizio.

Chiamata udienza pubblica di discussione la causa, uditi i patrocinatori delle parti, è stata ritenuta in decisione dal Collegio.

L'appello è infondato.

__1.§. La sentenza, nell'addebitare all'agenzia appellante un eccessivo rigore formalistico, non avrebbe tenuto conto del comportamento della concorrente, che non aveva rispettato il punto 12.2.1. lett. c) del bando di gara, non avendo provveduto ad inserire nel campo previsto del foglio elettronico l'originale scannerizzato della certificazione di qualità ovvero un'autodichiarazione sottoscritta in forma digitale. Il comportamento dell'E.P. S.p.A. sarebbe stato superficiale e inefficiente nonostante che la stazione appaltante avesse inserito tutte le avvertenze, le indicazioni e le raccomandazioni sull'uso della piattaforma elettronica di gara per aiutare i partecipanti alla corretta formulazione dell'offerta.

__ 2.§. Il Tar avrebbe male interpretato il concetto di “regolarità essenziale” di cui all'art. 38, comma 2-bis e 46 comma 1-ter del d.lgs. n.163, in quanto,

l'omessa produzione o la dichiarazione del possesso delle certificazioni UNI EN- ISO 14001, integra un vizio documentale di carattere essenziale per le quali si ammette la regolarizzazione con contestuale combinatoria di una sanzione pecuniaria e l'ANAC con determinazione n. 4/2012 aveva qualificato come causa di esclusione la mancata presentazione della cauzione provvisoria.

Inoltre con la novella dell'articolo 46, comma 1-ter che ha qualificato la cauzione come "elemento a corredo dell'offerta", la mancata declaratoria della volontà di dimezzare la cauzione sarebbe stata causa di esclusione ed in questo senso si sarebbe pronunciata l'ANAC (Parere n.156/2012).

Inoltre la decisione sarebbe stata determinata anche dall'orientamento della Corte dei Conti, per cui la mancata incanalamento della cauzione sarebbe causa di danno erariale.

L'assunto non merita adesione.

Nel caso di specie appare infatti decisivo il rilievo per cui la stazione appaltante non abbia tenuto conto del fatto che la società appellata già possedeva, nonchè -- sia pure oltre il termine di 7 giorni assegnato nella richiesta di integrazione documentale -- aveva poi dimostrato in sede procedimentale, di essere effettivamente in possesso anche della certificazione ISO 14001 e, quindi, di avere diritto all'ulteriore riduzione.

L'art. 39, del d.l. n. 90/2014 (conv. in L. n. 114 del 2014), che aveva novellato gli artt. 46 comma 1 ter, e 38 comma 2 bis, dell'abrogato Codice degli appalti, era espressione della volontà del legislatore di dequotare i vizi formali inerenti agli elementi e alle dichiarazioni di cui all'art. 38 comma 2, d.lgs. n.163 cit. per cui, laddove la dichiarazione fosse risultata insufficiente, incompleta o addirittura mancante, la stazione deve esercitare il soccorso istruttorio al fine di accertare l'effettivo possesso del requisito.

Infatti in un modello di gara d'appalto ispirato alla rilevanza dei profili sostanziali, il procedimento non deve essere formalisticamente diretto a sanzionare comportamenti dei concorrenti che abbiano errato nel presentare la documentazione -- peraltro qui nemmeno essenziale -- quando questi, nella

realtà delle cose, sono poi comunque in grado di dimostrare di essere in possesso dei prescritti requisiti.

Nel caso in esame, ha comunque ragione il TAR quanto afferma che:

-- il possesso del requisito -- pacificamente detenuto dalla concorrente e che era necessario per beneficiare della predetta riduzione -- avrebbe potuto essere dimostrato dalla partecipante anche successivamente alla presentazione dell'offerta;

-- la relativa assenza di documentazione non poteva essere considerata in ogni caso come "essenziale" dalla stazione appaltante ai fini di cui all'art. 38, comma 2-bis del cit. d.lgs. n. 163/2006.

In base al principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche, introdotto dall'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 cit., la presentazione di una cauzione provvisoria d'importo insufficiente, incompleta o deficitario rispetto a quello richiesto dalla "lex specialis", non costituisce mai causa di esclusione. Infatti le irregolarità concernenti la cauzione provvisoria sono sanabili mediante il potere di soccorso istruttorio (cfr. Consiglio di Stato sez. V 15 ottobre 2015 n. 4764).

Pertanto, dato che il concorrente aveva implicitamente inteso avvalersi della possibilità di prestare la cauzione in misura ridotta, secondo quanto previsto dall'art. 75, comma 7, del citato d.lgs. n. 163/2006, la prova del possesso della certificazione ISO mediante produzione documentale poteva esser fornita anche successivamente (cfr. Consiglio di Stato sez. III 05 dicembre 2013 n. 5781).

Il che in effetti è stato!

In conclusione, esattamente la sentenza ha escluso la insussistenza dell'obbligo di corresponsione dell'importo richiesto a titolo di sanzione pecuniaria a carico di E.P. S.p.A. .

L'appello deve dunque essere respinto.

Le spese possono tuttavia essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando:

1. Respinge l'appello, come in epigrafe proposto.
2. Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giorgio Calderoni, Consigliere

L'ESTENSORE
Umberto Realfonzo

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO