



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 7867 del 2011, proposto da:
Regione Veneto, in persona del Presidente pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Cristina Zampieri, Emanuele Mio, Ezio Zanon e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Confalonieri N. 5;

contro

Pfizer Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Diego Vaiano, Raffaele Izzo, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Diego Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio N. 3;

nei confronti di

Bayer S.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore,
Baxter S.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n. 01376/2011, resa tra le parti, concernente ESCLUSIONE DALLA GARA D'APPALTO PER LA FORNITURA DI PRODOTTI FARMACEUTICI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Pfizer Italia Srl;

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 2 dicembre 2011 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli avvocati Manzi e Vaiano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Regione Veneto impugna la sentenza breve in epigrafe con cui è stato accolto il ricorso per motivi aggiunti proposto da Pfitzer Italia s.r.l. avverso la propria esclusione dalla gara per la fornitura di medicinali per aver prodotto cauzione inferiore a quella richiesta a garanzia della partecipazione alla gara, suddivisa in più lotti, per un importo complessivo di euro 1.100.000,00 anzicchè per quello corretto di euro 1.913.477,63.

Il TAR accoglieva il ricorso sul presupposto che l'art. 46, comma 1 bis del codice dei contratti, come introdotto dal D.L. 13 maggio 2011, n. 70, ha previsto la tassatività delle cause di esclusione da gare.

La ditta sarebbe incorsa in errore meramente materiale di calcolo ed avrebbe dovuto essere invitata ad integrare la cauzione.

Con l'atto di appello la Regione deduce, in via preliminare di rito, l'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti datato 21 luglio 2011 per omessa notifica ad almeno uno dei controinteressati e omessa pronuncia sulla eccezione di inammissibilità sollevata in primo grado; l'errore in giudicando e la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 75 del D.lgs 163/2006, anche in combinato disposto con l'art. 46 del D.lgs 163/2006; la violazione e falsa applicazione dei principi del favor

participationis e della par condicio; l'illegittimità per omessa pronuncia (art. 112 c.p.c.), contraddittorietà, illogicità e carenza di motivazione, nonché disparità di trattamento.

Resiste l'appellata.

All'udienza del 2 dicembre 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

- Il ricorso non merita accoglimento.

- Preliminarmente, va rigettata l'eccezione di rito, relativa alla inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti proposto da Pfitzer Italia s.r.l., datato 21.7.2001, per mancata notifica ad almeno un controinteressato.

Secondo costante giurisprudenza, il ricorso avverso l'esclusione dalla procedura di gara non comporta prima del provvedimento finale l'onere di notifica ai controinteressati, sia perché non sussiste un interesse protetto e attuale in capo agli altri concorrenti che potrebbe essere leso dall'eventuale accoglimento del ricorso stesso, sia perché l'interesse degli altri partecipanti non emerge direttamente dal provvedimento impugnato (C.d.S. ,I,1.4.2009, n. 683).

In ogni caso il ricorso è stato notificato in data 25 luglio 2011 anche alle altre tre Aziende originariamente intimato (Bayer S.p.a.; Baxter Spa, CSL Behring A.p.A.).

Pertanto, il ricorso per motivi aggiunti proposto in primo grado da Pfitzer Italia s.r.l. deve ritenersi ammissibile.

- Nel merito, è illegittima l'esclusione dalla gara dell'appellata per aver presentato una cauzione provvisoria di importo inferiore a quello richiesto per poter concorrere all'assegnazione di più lotti.

Tale circostanza, infatti, non costituisce, in base a norma di legge, causa di esclusione dalla gara.

L'art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti, inserito dall'articolo 4, comma 2, lettera d), del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, ha previsto la tassatività delle cause di

esclusione, disponendo che la stazione appaltante può escludere i candidati o i concorrenti solo in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal 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; ma i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione.

L'art. 75, 1° e 6° comma, cod. contr., 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 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 (Consiglio 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 (TAR Liguria 22.9.2011 n. 1396).

La disposizione dell'art. 75, comma 6, cod. contratti, va, dunque, intesa nel senso indicato dal giudice di primo grado, ovvero 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, deve consentire la regolarizzazione degli atti, tempestivamente depositati, ovvero consentire l'integrazione della cauzione insufficiente.

Quanto al rilievo dell'appellante secondo cui la novella introdotta con il D.L. n. 70/2011 non sarebbe applicabile *ratione temporis* alla fattispecie, perché entrata in vigore successivamente all'approvazione del bando di abilitazione alla gara telematica, si osserva che il bando risulta pubblicato il 4 giugno 2011, ossia in data successiva all'entrata in vigore delle disposizioni recate dal D.L. 13.5.2011, n. 70, che pertanto trovano applicazione.

In conclusione, l'appello va rigettato.

Le spese di giudizio si compensano tra le parti, attesa la novità della questione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Lanfranco Balucani, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/02/2012

IL SEGRETARIO

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