

N. 02810/2015REG.PROV.COLL.

N. 00635/2015 REG.RIC.



**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 635 del 2015, proposto dalla società Vegezio s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Clarizia e Gianfranco D'Angelo, con domicilio eletto presso il primo in Roma, Via Principessa Clotilde n. 2;

***contro***

Comune di Bacoli, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Russo, con domicilio eletto presso l'avvocato Luigi Napolitano in Roma, Via Sicilia n. 50;

***per la riforma***

della sentenza resa in forma semplificata dal T.a.r. per la Campania – Napoli - Sezione VI, n. 222 del 15 gennaio 2015.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Bacoli;

Viste le memorie difensive depositate dalla società appellante in data 26 febbraio e 24 aprile 2015;

Vista la produzione documentale depositata dalla ditta appellante in data 21 aprile 2015;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 maggio 2015 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Clarizia e Russo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. L'oggetto del presente giudizio è costituito dagli atti della procedura di gara indetta l'8 ottobre 2014 dal Comune di Bacoli per l'affidamento dell'appalto per il servizio di refezione relativo agli anni scolastici dal 2014 al 2017 e, in particolare, dal provvedimento di esclusione (di cui al verbale del seggio di gara n. 1 del 2 dicembre 2014) della società Vegezio s.r.l. (in prosieguo ditta Vegezio) fondato sulla prestazione di una cauzione provvisoria di importo inferiore rispetto a quello richiesto, a pena di esclusione, dal bando e dal disciplinare di gara; alla gara hanno partecipato solo due imprese.

2. L'impugnata sentenza - T.a.r. per la Campania – Napoli - Sezione VI, n. 222 del 15 gennaio 2015 –:

a) ha respinto il ricorso proposto dalla ditta Vegezio sostenendo, sotto plurimi aspetti, l'inoperatività del soccorso istruttorio sancito dall'art. 46, co. 1 *bis*, d.lgs. n. 163 del 2006 (codice dei contratti pubblici) venendo in rilievo, ai sensi dell'art. 20 del medesimo codice, un appalto di servizi ricompreso nell'Allegato II B;

b) si è posta la questione inerente l'ambito applicativo (che ha escluso) della novella recata dal d.l. n. 90 del 2014 agli artt. 38 e 46 del codice dei contratti (mercé l'introduzione, rispettivamente, dei commi 2 *bis* e 1 *ter*);

- b) ha condannato la ditta ricorrente alla refusione delle spese di lite.
3. Con ricorso ritualmente notificato e depositato (in data 28 gennaio 2015), la ditta Vegezio ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza contrastandone i capi sfavorevoli e introducendo doglianze in parte nuove.
4. Si è costituito il Comune di Bacoli deducendo l'infondatezza del gravame in fatto e diritto.
5. Con ordinanza di questa Sezione n. 827 del 24 febbraio 2015, è stata accolta l'istanza di sospensione degli effetti dell'impugnata sentenza <<*Considerato che in attesa della definizione del secondo grado di giudizio, emergono elementi tali da indurre il collegio ad accogliere l'istanza incidentale di misure cautelari, al fine di non pregiudicare la posizione sostanziale della società appellante*>>.
6. Successivamente la stazione appaltante, dopo aver riammesso alla procedura di gara la ditta Vegezio (che però si è classificata al secondo posto), l'ha aggiudicata in via provvisoria alla MI. Group s.r.l. (cfr. note del comune di Bacoli in data 27 febbraio e 1° aprile 2015).
7. All'udienza pubblica del 12 maggio 2015 la causa è stata trattenuta in decisione.
8. L'appello è infondato e deve essere respinto.

Preliminarmente il Collegio rileva che:

- a) la ditta Vegezio ha dichiarato di voler impugnare l'aggiudicazione definitiva (quando sarà emanata) e di avere, pertanto, ancora interesse alla coltivazione della lite anche ai fini di un eventuale futuro scorrimento della graduatoria;
- b) a seguito dell'appello della ditta Vegezio è riemerso l'intero *thema decidendum* del giudizio di primo grado; il perimetro del giudizio di appello è circoscritto dalle censure ritualmente sollevate in primo grado, sicché non possono trovare ingresso le censure nuove proposte per la prima volta in questa sede in violazione del divieto *deinova* sancito dall'art. 104, co.1, c.p.a. e della natura illustrativa delle memorie conclusionali (cfr. *ex plurimis* e da ultimo Cons. Stato, Sez. V, n. 673 del

2015; n. 5253 del 2014); pertanto, per comodità espositiva, saranno prese in esame direttamente le censure poste a sostegno del ricorso proposto in prime cure.

8.1. Con il primo motivo (pagine 6 – 9 del ricorso di primo grado), la ditta Vegezio: I) ha sostenuto di essere incorsa in un errore materiale dovuto al fatto del terzo (la compagnia assicuratrice) e consistito nella commisurazione della garanzia al valore di una sola annualità del contratto invece che all'intero periodo di riferimento; II) ha dedotto la nullità o comunque l'invalidità, ex art. 46, co. 1 *bis*, del codice dei contratti, della clausola della legge di gara che ha previsto l'esclusione delle offerte recanti un importo della cauzione provvisoria inferiore a quello richiesto; III) ha richiamato l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui l'art. 75 del codice dei contratti, nel richiedere ai concorrenti di prestare la cauzione provvisoria, non introduce un precetto imperativo la cui violazione è sanzionata a pena di esclusione.

8.1.1. Il motivo è infondato sulla scorta delle seguenti considerazioni in fatto e diritto:

a) è assodato *per tabulas* che:

I) la legge di gara (bando e disciplinare) non ha mai richiamato, neppure indirettamente, l'art. 46 del codice dei contratti;

II) gli artt. 8 e 19.14 del bando e 8.1. del disciplinare hanno esplicitamente imposto ai concorrenti, ex art. 75 del codice dei contratti, di prestare a pena di esclusione una cauzione provvisoria secondo gli importi ivi fissati;

IV) la ditta Vegezio non ha prestato la cauzione provvisoria in misura pari a quella richiesta a pena di esclusione;

b) l'appalto in questione rientra fra quelli contemplati dall'Allegato II B al codice dei contratti e dunque, ai sensi dell'art. 20 del medesimo codice, e dell'art. 4 del bando – (non impugnato), secondo cui <<*il servizio è contemplato nell'allegato II B D.lgs. 163/2006 con applicazione del Codice dei Contratti limitatamente agli articoli, 65, 68 e*

*a quelli espressamente richiamati nel presente bando*>> - è al di fuori del perimetro di oggettiva applicazione di tale fonte;

c) il principio di tassatività delle cause di esclusione e della doverosità del soccorso istruttorio sanciti dall'art. 46 del codice dei contratti, dopo la novella introdotta dal d.l. n. 70 del 2011, in quanto derogatori dell'ampia potestà discrezionale dell'amministrazione di determinare i contenuti della legge di gara e della disciplina generale dettata dall'art. 6, l. n. 241 del 1990 in materia di regolarizzazione procedimentale, trovano applicazione alle sole fattispecie rientranti nell'ambito applicativo oggettivo del medesimo codice e successive all'entrata in vigore del d.l. n. 70 del 2011 e non integrano alcuno dei principi generali richiamati dagli artt. 27, co. 1, e 30, co. 3, del codice dei contratti pubblici (cfr. Ad. plen. n. 9 del 2014 e, in particolare, le pagine 13, 18, 21, 25 e 26; Ad. plen. n. 7 del 2014, in particolare pagine 27 e 28, in relazione al rigoroso riscontro da effettuarsi per stabilire se una disposizione del codice dei contratti sia o meno espressiva di uno dei principi generali ivi richiamati);

d) la cauzione provvisoria è elemento essenziale dell'offerta, espressione di esigenze imperative dell'ordinamento (cfr., da ultimo, Cons. Stato, Ad. plen., n. 34 del 2014 e n. 8 del 2012; Sez. V, n. 6455 del 2014) la cui mancanza comporta l'esclusione dell'offerta;

e) nel caso di specie non è possibile invocare l'applicazione della norma sancita dall'art. 46, co. 1 *ter* del codice dei contratti sia perché tale parametro di legittimità non è stato richiamato in primo grado, sia perché, come dianzi evidenziato, il più volte menzionato art. 46 non è applicabile alla vicenda in trattazione né in via diretta – ostandovi il disposto dell'art. 20 del codice dei contratti e dell'art. 4 del bando – né in via indiretta come conseguenza dell'autovincolo (inesistente) della stazione appaltante (secondo le coordinate ermeneutiche fissate dalla richiamata Ad. plen. n. 9 del 2014).

8.2. Con il secondo motivo (pagine 9 – 11 del ricorso di primo grado), la ditta Vegezio ha lamentato l'eccesso di potere in cui sarebbe incorsa la stazione appaltante, sotto il profilo del difetto assoluto di istruttoria, di motivazione e dello sviamento dalla causa tipica, non avendo, anche in violazione dell'art. 243 *bis* del codice dei contratti, tenuto in alcun conto le osservazioni formulate nel corso del procedimento.

8.2.1. Il motivo è palesemente infondato in quanto, una volta assodata la piena validità delle clausole del bando e dunque l'impossibilità di prestare soccorso istruttorio, il seggio di gara era tenuto ad escludere, in ossequio alla *par condicio*, l'offerta carente del requisito della completezza della cauzione provvisoria.

9. In conclusione l'appello deve essere respinto.

10. Le spese del secondo grado di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante a rifondere in favore del Comune di Bacoli le spese e gli onorari del presente grado di giudizio che liquida in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge (I.V.A., C.P.A. e 15% a titolo di rimborso di spese generali).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/06/2015

IL SEGRETARIO

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