REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE
Sezione Quinta

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 6686 del 2008, proposto da XXX s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. G.L.L., con il quale è elettivamente domiciliata presso l'avv. G.B.S. in Roma, via X;

contro

la Società ZZZ, rappresentata e difesa dall'avv. L.L.D.B., elettivamente domiciliata presso il medesimo in Roma, piazza X;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, 6 maggio 2008 n. 3361, resa tra le parti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio della Società appellata visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 5 giugno 2009 il consigliere Marzio Branca, e uditi gli avvocati G. in sostituzione dell'avv. G.L.L. e l'avv. P. in sostituzione dell'avv. D.B.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto:

che con la sentenza in epigrafe è stato respinto il ricorso proposto dalla XXX s.r.l. per l'annullamento della nota prot. n. 4505/07 del 23.11.07 con cui il Presidente della Commissione della procedura indetta dalla Società ZZZ per la fornitura di farmaci CIG 00724489F8 comunicava alla ricorrente l'esclusione dalle fasi successive della gara per la violazione del punto 6, del disciplinare di gara, e di tutti gli atti successivi, impugnati con motivi aggiunti, tra cui l'aggiudicazione della fornitura;

che l'esclusione è stata disposta perché la ricorrente ha presentato una cauzione provvisoria di importo inferiore al 2% del valore complessivo quadriennale della sommatoria dei lotti cui l'impresa partecipava; che la XXX ha proposto appello per la riforma della sentenza, allegando l'ambiguità della disciplina di gara, la violazione del favor participationis, nonché la violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990; che la ZZZ si è costituita in giudizio per resistere al gravame; che alla pubblica udienza del 5 giugno 2009 la causa è stata trattenuta in decisione;

che i motivi di appello sono infondati, posto che:

- non sussiste la pretesa ambiguità della normativa di gara: la disciplina della cauzione provvisoria è dettata esclusivamente dal punto 6 del disciplinare di gara, che si riferisce inequivocabilmente al valore complessivo quadriennale (con sottolineatura), mentre l'invocato art. 4 del capitolato speciale concerne la suddivisione della fornitura in lotti come da Allegato A;

- l'entità della cauzione provvisoria era stabilita espressamente a pena di esclusione, e, come affermato dalla giurisprudenza (Cons. St., Sezione IV, 10 maggio 2007 n. 2254), la stazione appaltante non può formulare una richiesta di integrazione della documentazione qualora si tratti di documenti univocamente previsti dal bando a pena di esclusione;

- la giurisprudenza afferma costantemente che la cauzione provvisoria è stabilita a garanzia della serietà dell'impegno del contraente e deve garantire l'Amministrazione dal rischio dell'inutile svolgimento della gara;

- il favor participationis ed il c.d. dovere di soccorso recedono a fronte di una specifica disposizione della legge di gara che prevede un adempimento a pena di esclusione, dovendo in tal caso far prevalere il diritto alla parità di trattamento;

- per costante giurisprudenza, l'esclusione dalla gara dell'aggiudicataria provvisoria in conseguenza della verifica del possesso dei requisiti autocertificati non deve essere preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento atteso che tale verifica rientra nell'unitario procedimento di gara già in corso e del quale i partecipanti sono già a conoscenza (Consiglio Stato, sez. V, 30 novembre 2007, n. 6140);

che, in ragione della natura della controversia, le spese possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, rigetta l'appello in epigrafe;

dispone la compensazione delle spese;

ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 5 giugno 2009 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca Presidente ed Est.

Francesco Caringella Consigliere

Carlo Santelli Consigliere

Gabriele Carlotti Consigliere

Roberto Capuzzi Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....03/09/2009.....