



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5962 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Soc Telpress Italia Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Marcello Pizzi, con domicilio eletto presso Marcello Pizzi in Roma, Piazzale Clodio, 56;

***contro***

Autorita' per le Garanzie nelle Comunicazioni, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***per l'annullamento***

- del provvedimento prot. n. 002501S del 15 maggio 2013 con cui l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, nel confermare quanto già riferito nel corso della seduta pubblica del 9.5.2013, ha comunicato l'esclusione della Telpress Italia S.p.A. dalla gara a procedura aperta, in ambito nazionale, per l'affidamento del servizio di rassegna stampa telematica dell'Autorità, CIG 50400046DE di cui al bando pubblicato in data 12.4.2013; esclusione disposta dalla Commissione di gara nella seduta pubblica del 9 maggio 2013;

- del Disciplinare di gara nella parte in cui ha espressamente previsto che *“Le fideiussioni bancarie e le polizze fideiussorie assicurative di cui al comma 3 dell’art. 75 dovranno contenere, pena l’esclusione, generalità, qualifica e poteri di rappresentanza del funzionario o agente sottoscrittore la cui firma dovrà essere autenticata ai sensi dell’art. 38 del D.P.R. 28/12/2000 n. 445 allegando copia fotostatica del documento di identità”*;

- nonché, con motivi aggiunti,

- della nota prot. n. 32122 del 13 giugno 2013 con cui l’Autorità, in riscontro alla comunicazione operata dalla ricorrente ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 243 bis D.Lgs. n. 163/2006 confermava la correttezza dell’operato della Commissione aggiudicatrice della gara in ordine alla legittimità della intervenuta esclusione.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autorita' Per Le Garanzie Nelle Comunicazioni;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 ottobre 2013 il dott. Alessandro Tomassetti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 10 giugno 2013, la odierna ricorrente chiedeva l'annullamento del provvedimento prot. n. 002501S del 15 maggio 2013 con cui l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, nel confermare quanto già riferito nel corso della seduta pubblica del 9 maggio 2013, comunicava l'esclusione della Telepress Italia S.p.a. dalla gara a procedura aperta, in ambito nazionale, per l'affidamento del servizio di rassegna stampa telematica dell'Autorità, CIG 50400046DE, di cui al bando pubblicato in data 12 aprile 2013, oltre che del Disciplinare di gara nella parte in cui ha espressamente previsto che "Le fidejussioni bancarie e le polizze fidejussorie assicurative di cui al comma 3 dell'art. 75 dovranno contenere, pena l'esclusione, generalità, qualifica e poteri di rappresentanza del funzionario o agente sottoscrittore la cui firma dovrà essere autenticata ai sensi dell'art. 38 del D.P.R. 28/12/2000 n. 445 allegando copia fotostatica del documento di identità".

In data 13 giugno 2013, con nota prot. n. 32122, l'Autorità resistente, in riscontro alla comunicazione operata dalla odierna ricorrente ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 243 del D.Lgs. n. 163/2006 confermava la correttezza dell'operato della Commissione aggiudicatrice della gara in ordine alla legittimità della intervenuta esclusione.

Con motivi aggiunti la Telepress ha provveduto ad impugnare anche tale nota deducendo la violazione di legge e l'eccesso di potere sotto vari profili.

Alla udienza del 23 ottobre 2013 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Il ricorso ed i motivi aggiunti sono fondati sotto l'assorbente profilo della violazione e falsa applicazione degli artt. 46, comma 1 e 75 D.Lgs. n. 163/2006.

Osserva il Collegio come l'art. 46, comma 1 *bis*, D.Lgs. n. 163 del 2006 (codice dei contratti pubblici), aggiunto dall'art. 4 D.L. n. 70 del 2011, stabilisce che la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dallo stesso 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; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione, le quali sono comunque nulle.

Ne consegue - dato atto che la gara d'appalto è stata bandita dopo l'entrata in vigore del D.L. n. 70 del 2011, con conseguente applicabilità dell'art. 46, comma 1 *bis*, D.Lgs. n. 163 del 2006 - che, per quanto più specificamente interessa in questa sede, la causa dell'esclusione del concorrente deve essere tassativamente prevista da norme primarie ovvero dal regolamento attuativo del codice dei contratti pubblici e ciò in omaggio al principio del *favor participationis*.

La procedura ad evidenza pubblica è, infatti, finalizzata alla individuazione del "giusto" contraente dell'Amministrazione, vale a dire del concorrente che offra le migliori garanzie al prezzo più conveniente per la corretta esecuzione della prestazione.

Tale *ratio* è volta sia al controllo della spesa pubblica per il miglior utilizzo del danaro della collettività sia alla tutela della libertà di concorrenza e di non discriminazione tra le imprese.

L'art. 2 del d.lgs. n. 163 del 2006, in tale ottica, oltre ad indicare che l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza (principi ispirati alla tutela della pubblica amministrazione per il controllo ed il miglior utilizzo delle finanze pubbliche), specifica che l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità (principi

ispirati alla tutela delle imprese concorrenti e del corretto funzionamento del mercato).

Il principio del *favor participationis*, vale a dire la finalità di assicurare la più ampia partecipazione possibile agli operatori economici alle procedure di gara per l'affidamento dei servizi pubblici, dando concreta attuazione ai principi della concorrenza e della libera esplicazione dell'iniziativa economica privata, è necessaria anche al fine di individuare il "giusto" contraente della pubblica amministrazione in funzione del perseguimento degli obiettivi di efficienza, efficacia, adeguatezza ed economicità dell'azione amministrativa, corollari del principio di buon andamento sancito dall'articolo 97 della Costituzione.

L'art. 75, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006 prevede che l'offerta è corredata da 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; il successivo comma 6 indica che la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo. L'art. 75, comma 8, invece, prevede che l'offerta è altresì corredata, "a pena di esclusione", dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 113, qualora l'offerente risultasse affidatario.

La giurisprudenza ha avuto modo di mettere in evidenza che la diversa formulazione delle due norme consente di ritenere sanabile o regolarizzabile la mancata presentazione della cauzione provvisoria, al contrario della cauzione definitiva, prevista "a pena di esclusione", che garantisce l'impegno più consistente della corretta esecuzione del contratto e giustifica l'esclusione dalla gara (cfr ex multis: Cons. St., III, 1° febbraio 2012, n. 493).

Il Collegio ritiene che tale orientamento sia da condividere in quanto conforme alla lettera ed alla *ratio* della novella introdotta con il D.L. n. 70 del 2011, volta, come detto, a favorire la massima partecipazione alle gare e, quindi, a "dequotare" le irregolarità che non si concretino in una sostanziale violazione della *par condicio* tra le imprese partecipanti, in funzione della migliore individuazione del "giusto" contraente dell'amministrazione.

La norma sulla cauzione provvisoria, quindi, va intesa nel senso che la stazione appaltante non può escludere il concorrente che abbia presentato una cauzione di importo inferiore o che, come nella fattispecie in esame, abbia presentato una cauzione sprovvista dei poteri di rappresentanza del sottoscrittore della polizza nonché priva dell'autentica della sottoscrizione apposta sulla stessa, dovendo consentire in tal caso, in applicazione del c.d. soccorso istruttorio di cui all'art. 46, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006, la regolarizzazione della cauzione prodotta.

In tal senso, il ricorso si rivela fondato e va accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati nel ricorso e nei motivi aggiunti.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna l'Autorità resistente al pagamento delle spese processuali liquidate in complessivi Euro 1500,00 (millecinquecento/00) oltre IVA e CPA.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Angelo Gabbricci, Consigliere

Alessandro Tomassetti, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/10/2013

IL SEGRETARIO

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