

Per costante giurisprudenza in tema di bandi di gara si considerano previsti a pena di esclusione sia gli adempimenti per i quali ciò sia espressamente previsto, con criterio formale, ma anche, con criterio sostanziale, quegli adempimenti non sanzionati in modo espresso, che tuttavia rispondano ad un particolare interesse della p.a. appaltante: a tale ultimo criterio risponde all'evidenza la previsione di allegare alla cauzione provvisoria l'impegno ad emettere la definitiva in caso di aggiudicazione, dato che è di preminente rilievo per l'amministrazione garantirsi il corretto e continuo espletamento del servizio attraverso la garanzia fideiussoria prestata dall'aggiudicatario.

Il Tar Lombardia, Brescia, con la sentenza numero 410 del 19 aprile 2007, in tema di obbligo di presentare l'impegno ad emettere la cauzione definitiva in caso di aggiudicazione, ci insegna che:

<Tuttavia, venendo con ciò all'esame del secondo motivo, l'obbligo per i concorrenti alla gara per la quale è causa di presentare l'impegno suddetto va comunque desunto, ad avviso del Collegio, per diretta applicazione dell'art. 75 comma 8 del d. lgs. 163/2006. Il decreto in questione infatti detta la disciplina generale dei contratti pubblici, ed essendo norma di rango legislativo si applica a tutte le relative fattispecie, a prescindere dal rinvio che ad esso possano fare oppure no le norme del bando>

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1395 del 2006, proposto da:

\*\* Gianni & C. Srl, contro

Comune di Bergamo, rappresentato e difeso dagli avv. Vito Gritti, Silvia Mangili, con domicilio eletto presso Vito Gritti in Bergamo, p.za Matteotti, 27 (035/399578) @;

nei confronti di

Bus \*\* Srl,  
per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

AVVERSO DET.NI PRES. 29.8.2006 N. 74744 DI ESCLUSIONE DA APPALTO PER SERVIZIO TRASPORTO ALUNNI E 29.8.2006 N. 1922 DI AGGIUDICAZIONE ALLA CONTROINT. ED ATTI CONNESSI.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Bus \*\* Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22/03/2007 il dott. Francesco Gambato Spisani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO

Con bando 26 luglio 2006, il Comune di Bergamo indiceva pubblica gara con il criterio del massimo ribasso per l'affidamento dell'appalto del servizio di trasporto degli alunni delle scuole primaria "Ghisleni" e infanzia "San Vigilio" (primo lotto), nonché delle scuole primaria "Valli" e infanzia "via Trento" (secondo lotto), in particolare disponendo al punto 9 del bando stesso che la cauzione provvisoria, di importo pari al 2% dell'importo a base di gara dovesse essere presentata "con le modalità previste dell'art. 75 del d. lgs. n°163/2006" (cfr. doc. 1 ricorrente, copia bando).

L'odierna ricorrente, la quale aveva presentato offerta per entrambi i lotti, ricevette peraltro la comunicazione 29 agosto 2006, meglio indicata in epigrafe, con la quale la si escludeva dalla gara in quanto "la cauzione provvisoria non è stata costituita con le modalità di cui all'art. 75 del d. lgs. 163/2006 come previsto dall'art. 9 del bando di gara; in particolare, l'assegno circolare presentato come cauzione provvisoria non era corredato dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto" (cfr. doc. 4 ricorrente, copia comunicazione citata).

Con successiva determinazione, sempre meglio indicata in epigrafe, il Comune aggiudicava l'appalto alla Bus \*\* (doc. 2 Comune intimato, copia determinazione in parola); procedeva poi a sottoscrivere il relativo contratto (doc. 12 Comune intimato, copia di esso).

Avverso tale complesso di atti, come risultanti in intestazione, propone ora impugnazione la \*\* Gianni, con ricorso ed atto di motivi aggiunti articolati in quattro censure, riassumibili così come segue:

- con il primo motivo, si deduce la falsa applicazione dell'art. 9 del bando di gara sopra riportato, sostenendosi che l'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto non potrebbe comunque considerarsi quale "modalità" di costituire la cauzione provvisoria, che quindi la ricorrente avrebbe ritualmente prestato;

- con il secondo motivo, si deduce ulteriore violazione dell'art. 9 del bando di gara, affermandosi che nessuna delle disposizioni del bando stesso o del capitolato prevederebbero la necessità di allegare il citato "impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto" e che comunque tale necessità non si potrebbe desumere nemmeno per diretta applicazione della norma dell'art. 75 comma 8 d. lgs. 163/2001, che in mancanza di un espresso

rinvio, nella specie operato solo in quanto compatibile, non potrebbe applicarsi al servizio di trasporto oggetto di gara;

- con il terzo motivo, sviluppato poi nell'unica censura di cui al ricorso per motivi aggiunti, si deduce l'eccesso di potere per arbitrarietà, in quanto si sostiene che la ditta aggiudicataria svolgerebbe il servizio con automezzi inadeguati, e quindi non avrebbe i requisiti per eseguire l'appalto.

Con memorie 4 dicembre 2006, 12 marzo e 16 marzo 2007, la ricorrente ha ulteriormente insistito sui propri assunti; si sono costituiti per parte loro il Comune di Bergamo, con atti 1 dicembre 2006 ed 8 marzo 2007, e la Bus \*\*, con atti 21 febbraio e 10 marzo 2007, domandando la reiezione del ricorso.

Respinta la domanda cautelare con ordinanza della Sezione 5 dicembre 2006 n°1689, all'udienza del 22 marzo 2007, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

Il ricorso è infondato e va respinto, per le ragioni di cui appresso.

1. I motivi di impugnazione primo e secondo, per reciproca connessione, vanno affrontati congiuntamente, e sono entrambi infondati. In termini puramente astratti, si può anche condividere il rilievo –posto al centro del primo motivo- per cui l'art. 9 del bando di gara impugnato, nella parte in cui impone di presentare la cauzione provvisoria “con le modalità previste dell'art. 75 del d. lgs. n°163/2006” (cfr. doc. 1 ricorrente cit., copia bando), nulla direbbe invece sulla necessità di presentare anche un impegno a costituire garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto. Si tratta effettivamente di due adempimenti distinti sotto il profilo concettuale, che l'art. 75 citato accomuna, sotto la rubrica “garanzie a corredo dell'offerta” in quanto entrambi finalizzati ad una comune esigenza, ovvero assicurare all'amministrazione la serietà ed affidabilità degli aspiranti.

2. Tuttavia, venendo con ciò all'esame del secondo motivo, l'obbligo per i concorrenti alla gara per la quale è causa di presentare l'impegno suddetto va comunque desunto, ad avviso del Collegio, per diretta applicazione dell'art. 75 comma 8 del d. lgs. 163/2006. Il decreto in questione infatti detta la disciplina generale dei contratti pubblici, ed essendo norma di rango legislativo si applica a tutte le relative fattispecie, a prescindere dal rinvio che ad esso possano fare oppure no le norme del bando.

3. Il ricorrente ha contestato tale affermazione, invocando l'art. 23 del medesimo d. lgs. 163/2006, per cui “il presente codice non si applica agli appalti delle stazioni appaltanti relativi alla prestazione di un servizio pubblico di autotrasporto mediante autobus...”. La norma tuttavia appare invocata male a proposito, alludendo a contratti del tutto diversi da quello per cui è causa: un conto è il servizio pubblico degli autobus, offerto ad un pubblico indifferenziato che vi accede mediante il semplice pagamento del biglietto, altro è il servizio di trasporto scolastico oggetto di gara, che è dedicato esclusivamente agli alunni degli istituti considerati, comporta quindi ben precise modalità di accesso non indiscriminato.

4. Ritenuta nei termini suddetti applicabile in via diretta al caso di specie la norma dell'art. 75 comma 8 d. lgs. 163/2006, va poi affermato che la sua inosservanza, anche se il testo dell'articolo citato tace sul punto, è stata correttamente considerata dal Comune intimato motivo di esclusione.

Per costante giurisprudenza infatti (per tutte, in quanto particolarmente esaustiva, C.d.S. sez. IV 9 dicembre 2002 n°6675) in tema di bandi di gara si considerano previsti a pena di esclusione sia gli adempimenti per i quali ciò sia espressamente previsto, con criterio formale, ma anche, con criterio sostanziale, quegli adempimenti non sanzionati in modo espresso, che tuttavia rispondano ad un particolare interesse della p.a. appaltante. A tale ultimo criterio risponde all'evidenza la previsione in esame, dato che è di preminente rilievo per l'amministrazione garantirsi il corretto e continuo espletamento del servizio attraverso la garanzia fideiussoria prestata dall'aggiudicatario.

5. Rimane assorbito il terzo motivo di ricorso, rispetto al quale però va detto per completezza che appare dubbia la sussistenza di un interesse a dedurlo. Esso infatti ha per oggetto questioni relative ad un presunto scorretto adempimento del contratto oggetto di gara stipulato fra il Comune e la controinteressata aggiudicataria, e quindi all'esecuzione del contratto stesso. Tali questioni appaiono deducibili dalla sola parte pregiudicata, ovvero dal Comune stesso, nella competente sede di giurisdizione ordinaria.

6. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione staccata di Brescia, definitivamente pronunciando, respinge il ricorso. Condanna la ricorrente a rifondere al Comune di Bergamo e alla Bus \*\* le spese del giudizio, spese che liquida in €3500 (tremilacinquecento) per ciascuna parte, e così per complessivi €7000 (settemila) oltre IVA e CPA di legge.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 22/03/2007 con l'intervento dei signori:

Roberto Scognamiglio, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/04/2007

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE