

Deve escludersi che il termine assegnato all'aggiudicatario per la consegna della documentazione occorrente per la stipula del contratto, abbia, di per sé, natura perentoria, salva naturalmente la facoltà dell'amministrazione di attribuirgli, con esplicita previsione, siffatta natura.

La perentorietà del termine di 10 giorni per la presentazione della cauzione definitiva non trova riscontro in alcuna norma del codice dei contratti di cui al D.Lgs. 12/4/2006 n°163: il rapporto che assume rilevanza è quello, intersoggettivo e bilaterale, fra i due contraenti, uno dei quali è già, in taluni casi, per effetto dell'aggiudicazione, obbligato.

Fermo il principio del miglior perseguimento del pubblico interesse da parte della P.A., nella fase posteriore all'aggiudicazione e preliminare alla stipulazione del contratto acquisisce un rilievo marginale il principio della parità di trattamento, che induce a ritenere, di norma, perentori, invece, i termini posti a carico dei concorrenti per lo svolgimento della gara: non vi sono infatti, se non di riflesso o in via meramente consequenziale – come la norma sull'aggiudicazione al secondo graduato dimostra – posizioni di altri soggetti di rilievo pari a quello dell'aggiudicatario.

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dal Tar Sardegna, Cagliari, nella sentenza numero 1643 del 14 luglio 2007 nella parte in cui ci insegna che, qualora un'Amministrazione voglia far diventare perentorio il termine per la presentazione della cauzione definitiva, lo deve chiaramente indicare nella richiesta di invio della documentazione necessaria alla sottoscrizione del contratto

<L'Amministrazione, come qualsiasi altro contraente, ha facoltà di determinarsi, se è stabilito a suo favore un termine (arg. ex art. 1184 cod. civ.), nel senso che può pretendere l'adempimento o decidere di consentire un suo differimento, in vista della sua convenienza, da un lato, e dell'accettabilità delle giustificazioni date dalla controparte sulle difficoltà insorte per adempiere. Queste giustificazioni si possono configurare come più seriamente consistenti, quando l'adempimento dipenda dal fatto del terzo, come nella fattispecie, nella quale la fideiussione deve essere prestata soltanto da specifiche categorie di soggetti">

nella particolare fattispecie sottoposta ai giudici sardi, inoltre:

< Nel caso di specie, la citata nota n°34439/2006 si limitava a richiedere che la consegna dei documenti richiesti avvenisse entro 10 giorni dal ricevimento della nota stessa, senza ulteriori indicazioni da cui potesse desumersi la perentorietà del termine, cosicché deve negarsi che dall'inosservanza dello stesso potessero automaticamente discendere le gravi conseguenze sanzionatorie tratte dall'amministrazione.

D'altra parte, contrariamente a quanto il comune sostiene, la perentorietà del termine non può ricavarsi né dalla normativa di gara, né dall'art. 113 del codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. 12/4/2006 n°163, né, infine, dall'art. 45 del regolamento comunale dei contratti, approvato con delibera consiliare 4/8/2006 n°14.

Ed invero, l'art. 17 del bando invocato dalla difesa dell'amministrazione intimata, si limita a prevedere che il mancato compimento delle formalità ivi specificate “comporterà la decadenza dall'aggiudicazione”, ma nulla dice in ordine al termine per l'adempimento.

Altrettanto dicasi in relazione all'art. 113 del citato codice dei contratti.>

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 1643 del 14 luglio 2007 emessa dal Tar Sardegna, Cagliari

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
DELLA SARDEGNA - SEZIONE PRIMA

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n° 75/07 proposto dalle imprese DITTA ALFA Service s.r.l. e Società Cooperativa DITTA ALFA bis, in persona dei rispettivi rappresentanti legali, rappresentate e difese dagli avv.ti prof. Benedetto Ballero e Stefano Ballero presso il cui studio, in Cagliari, corso Vittorio Emanuele n°76, sono elettivamente domiciliate;

contro

il Comune di Iglesias, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Roberto Angioni, dell'ufficio legale dell'ente ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Ludovica Giua, in Cagliari, via Tuveri n°16;

i Dirigenti del Servizio Contratti del Centro Direzionale Amministrativo, del Servizio Socio Assistenziale e Culturale, Ufficio Pubblica Istruzione, e del Servizio Appalti Ufficio Contratti del Comune di Iglesias, non costituiti in giudizio;

e nei confronti

della DITTA BETA s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Gianfranco Cortis, presso il cui studio, in Cagliari, via Alghero n°29, è elettivamente domiciliata;

della DITTA GAMMA Ristorazione s.r.l., in persona del legale rappresentante, e della impresa Altea non costituite in giudizio;

per l'annullamento

della nota 30/10/2006 n° 34439 con cui l'Ufficio contratti ha chiesto il versamento di una cauzione definitiva pari a € 120.240,28, ed ha fissato il termine di dieci giorni per l'adempimento;

della determinazione in data 16/11/2006 con cui il dirigente del Servizio Socio Assistenziale e Culturale, Ufficio Pubblica Istruzione ha revocato l'aggiudicazione del servizio triennale di ristorazione scolastica già affidato all'ATI fra le ricorrenti, disposto l'incameramento della cauzione ed aggiudicato l'appalto alla controinteressata;

della nota con cui la suddetta determinazione è stata comunicata;

della non conosciuta determinazione 10/11/2006 n°97;

della nota in data 29/11/2006 con cui il Dirigente del Servizio Appalti – Ufficio Contratti ha chiesto alla compagnia di assicurazioni il pagamento dell'importo cauzionale;

della delibera consiliare 4/8/2006 n°18 di approvazione del regolamento comunale dei contratti;

della ammissione alla gara della DITTA BETA e del provvedimento di aggiudicazione in suo favore;

della determinazione 22/2/2007 n° 243 con cui il Dirigente del Servizio Socio Assistenziale e Culturale ha stabilito di indire una nuova trattativa privata per l'affidamento del servizio già assegnato alla ricorrente;

della determinazione 16/3/2007 n°340 con cui il medesimo Dirigente ha aggiudicato la suddetta trattativa privata alla DITTA GAMMA Ristorazione s.r.l..

Visto il ricorso con i relativi allegati.

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione intimata e della DITTA BETA.

Visto il ricorso incidentale da quest'ultima proposto.

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese.

Visti gli atti tutti della causa.

Nominato relatore per la pubblica udienza del 4/7/2007 il consigliere Alessandro Maggio e uditi, altresì, gli avvocati delle parti come da separato verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

Con nota 30/10/2006 n°34439, il Responsabile dell'Ufficio Contratti del Centro Direzionale Amministrativo del Comune di Iglesias, considerato che la Costituenda ATI tra la DITTA ALFA Service s.r.l. (capogruppo) e la Società Cooperativa Italiana di Ristorazione, era stata proclamata aggiudicataria dell'appalto concernente il servizio triennale di ristorazione scolastica bandito in esecuzione della determinazione del Dirigente del Servizio Socio Assistenziale e Culturale 16/8/2006 n°597, ha chiesto alle due associate il deposito, entro il termine di 10 giorni dal ricevimento della nota stessa, documentazione varia necessaria per la stipula del contratto, tra cui la cauzione definitiva pari all'importo di € 120.247,28.

Constatato il mancato versamento della cauzione e di altri documenti il Dirigente del Servizio Socio Assistenziale e Culturale ha adottato la determinazione 17/11/2006 n°935 con la quale ha stabilito di revocare l'aggiudicazione già disposta in favore dell'ATI fra le due citate società e di affidare il servizio alla DITTA BETA seconda classificata.

Ritenendo il provvedimento di revoca e gli ulteriori atti meglio indicati in epigrafe illegittimi la DITTA ALFA Service s.r.l. e la Società Cooperativa Italiana di Ristorazione li hanno impugnati chiedendone l'annullamento.

A sostegno del gravame deducono svariati vizi di violazione di legge ed eccesso di potere tra cui in particolare l'illegittimità della revoca discendente dalla natura non perentoria del termine assegnato per l'adempimento e, comunque, dall'assenza di indicazioni in ordine alle gravose conseguenze dell'inosservanza del detto termine.

Si sono costituite in giudizio sia l'amministrazione intimata sia la DITTA BETA, che con separate memorie si sono opposte all'accoglimento del ricorso.

La controinteressata ha anche proposto incidentale con cui ha evidenziato la sussistenza di cause di esclusione dalla gara della ATI fra le ricorrenti principali non rilevate dalla stazione appaltante.

Nelle more del giudizio, revocata anche l'aggiudicazione in favore della DITTA BETA, il Dirigente del Servizio Socio Assistenziale e Culturale ha adottato la determinazione del 22/2/2007 n°243, con cui ha bandito una trattativa privata plurima per l'affidamento del servizio di che trattasi e, all'esito della selezione, con determinazione 16/3/2007 n°340, lo assegnato alla DITTA GAMMA Ristorazione s.r.l.

Avverso le determinazioni da ultimo citate le ricorrenti principali hanno proposto due distinti atti contenenti motivi aggiunti coi quali hanno, tra l'altro, dedotto l'illegittimità che ad esse deriva dai vizi che inficiano la revoca dell'appalto contestata col ricorso principale.

Alla pubblica udienza del 4/7/2007, dopo che le parti, con nuove memorie, hanno ulteriormente illustrato le proprie argomentazioni difensive, la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

In via pregiudiziale il Collegio deve dare atto dell'intervenuta rinuncia al ricorso incidentale, in conformità alla dichiarazione in tal senso resa in udienza dal difensore della DITTA BETA.

Quanto al ricorso principale occorre innanzitutto affrontare le questioni di rito prospettate dall'amministrazione resistente.

Sostiene in primo luogo quest'ultima che l'impugnazione dovrebbe essere dichiarata inammissibile per omessa notifica del ricorso introduttivo del giudizio e dei primi motivi aggiunti, alle controinteressate DITTA GAMMA Ristorazione s.r.l. e all'impresa Altea.

L'eccezione è palesemente infondata.

Le suddette società non dovevano, infatti, essere destinatarie della notifica né del ricorso introduttivo né dei primi motivi aggiunti, diretti contro gli atti di una gara a cui le due società non hanno partecipato.

I primi motivi aggiunti si rivolgono invero, anche contro la determinazione con cui l'amministrazione comunale ha stabilito di indire una trattativa privata per il riaffidamento del servizio. Ma, per un verso, non è noto se all'epoca della loro proposizione fossero noti i partecipanti alla detta trattativa, per altro verso, a termini ancora aperti, la stessa determinazione, unitamente a quella di aggiudicazione del servizio alla DITTA GAMMA, è stata impugnata con i secondi motivi aggiunti, notificati anche alle due sopra dette società.

Deduce ancora il comune che la ricorrente principale non avrebbe più interesse alla decisione dei secondi motivi aggiunti essendo stato il servizio ormai completamente svolto.

Anche questa eccezione è priva di pregio.

La scadenza del termine di efficacia di un provvedimento amministrativo ad effetti temporalmente limitati è, infatti, irrilevante sull'interesse del ricorrente ad ottenere una pronuncia del giudice amministrativo (giurisprudenza consolidata, si veda, fra le tante, Cons. Stato, VI Sez., 13/5/2005 n°2399).

Sostiene, ancora, l'amministrazione che la ricorrente principale non avrebbe interesse alla decisione del ricorso introduttivo e dei primi motivi aggiunti in quanto priva dei requisiti previsti dalla legge per partecipare a pubbliche gare. Tra l'altro, il divieto di partecipazione discenderebbe dall'aver la ricorrente reso dichiarazioni non veritiere e dall'inidoneità della cauzione rilasciata.

Nemmeno questa eccezione è fondata.

Al riguardo è sufficiente osservare che l'amministrazione non ha contestato all'ATI tra le ricorrenti principali alcuna mancanza di requisiti di partecipazione, né questa può essere autonomamente rilevata in sede di giudizio attraverso gli scritti difensivi.

Sostiene, infine, il comune che il ricorso sarebbe inammissibile in quanto rivolto a censurare solo una delle ragioni (omesso versamento nei termini della cauzione) poste a fondamento della revoca.

L'eccezione è infondata in fatto.

Contrariamente a quanto l'ente intimato asserisce le ricorrenti propongono, infatti, doglianze che investono per intero l'avversata determinazione di revoca.

Il ricorso può, quindi, essere esaminato nel merito.

Appare fondata la censura, prospettata col ricorso introduttivo del giudizio, con cui le ricorrenti lamentano che la revoca sia stata dichiarata in conseguenza del mancato deposito di parte della documentazione richiesta con la nota 30/10/2006 n°34439, senza che nella stessa fosse specificato che l'inosservanza del ristretto termine (10 giorni) assegnato per l'adempimento comportasse automaticamente il ritiro dell'aggiudicazione.

Occorre premettere che la "natura, perentoria o meno, di un termine introdotto in via amministrativa, va desunta dallo scopo che l'Amministrazione persegue, e cioè dalla funzione che lo spazio temporale concesso è destinato ad assolvere (cfr. Cons. Stato, II Sez., 9/4/1997, n° 1634/97).

Fermo il principio del miglior perseguimento del pubblico interesse da parte della P.A., nella fase posteriore all'aggiudicazione e preliminare alla stipulazione del contratto acquisisce un rilievo marginale il principio della parità di trattamento, che induce a ritenere, di norma, perentori, invece, i termini posti a carico dei concorrenti per lo svolgimento della gara. Non vi sono infatti, se non di riflesso o in via meramente consequenziale – come la norma sull'aggiudicazione al secondo graduato dimostra – posizioni di altri soggetti di rilievo pari a quello dell'aggiudicatario. Il rapporto che assume rilevanza è quello, intersoggettivo e bilaterale, fra i due contraenti, uno dei quali è già, in taluni casi, per effetto dell'aggiudicazione, obbligato. L'Amministrazione, come qualsiasi altro contraente, ha facoltà di determinarsi, se è stabilito a suo favore un termine (arg. ex art. 1184 cod. civ.), nel senso che può pretendere l'adempimento o decidere di consentire un suo differimento, in vista della sua convenienza, da un lato, e dell'accettabilità delle giustificazioni date dalla controparte sulle difficoltà insorte per adempiere. Queste giustificazioni si possono configurare come più seriamente consistenti, quando l'adempimento dipenda dal fatto del terzo, come nella fattispecie, nella quale la fideiussione deve essere prestata soltanto da specifiche categorie di soggetti" (cfr. Cons. Stato, V Sez., 11/7/2002 n°3908).

Deve, dunque, escludersi che il termine assegnato all'aggiudicatario per la consegna della documentazione occorrente per la stipula del contratto, abbia, di per sé, natura perentoria, salva naturalmente la facoltà dell'amministrazione di attribuirgli, con esplicita previsione, siffatta natura.

Nel caso di specie, la citata nota n°34439/2006 si limitava a richiedere che la consegna dei documenti richiesti avvenisse entro 10 giorni dal ricevimento della nota stessa, senza ulteriori

indicazioni da cui potesse desumersi la perentorietà del termine, cosicché deve negarsi che dall'inosservanza dello stesso potessero automaticamente discendere le gravi conseguenze sanzionatorie tratte dall'amministrazione.

D'altra parte, contrariamente a quanto il comune sostiene, la perentorietà del termine non può ricavarsi né dalla normativa di gara, né dall'art. 113 del codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. 12/4/2006 n°163, né, infine, dall'art. 45 del regolamento comunale dei contratti, approvato con delibera consiliare 4/8/2006 n°14.

Ed invero, l'art. 17 del bando invocato dalla difesa dell'amministrazione intimata, si limita a prevedere che il mancato compimento delle formalità ivi specificate "comporterà la decadenza dall'aggiudicazione", ma nulla dice in ordine al termine per l'adempimento.

Altrettanto dicasi in relazione all'art. 113 del citato codice dei contratti.

L'art. 45 dell'anzidetto regolamento comunale dei contratti, stabilisce, al comma 9, poi, che qualora l'impresa aggiudicataria non versi la cauzione definitiva nel termine stabilito dall'ente, l'Amministrazione, senza bisogno di messa in mora, dichiara decaduto l'aggiudicatario e procede ad incamerare la cauzione provvisoria e a rivalersi sull'aggiudicatario per le eventuali maggiori spese e per i maggiori danni sostenuti dall'ente".

Ebbene, tale norma non è richiamata nella lex specialis della gara e non può, pertanto, autoimporsi allo specifico rapporto.

In ogni caso, la disposizione fa riferimento al solo inadempimento concernente il mancato versamento della cauzione definitiva, senza occuparsi delle conseguenze connesse all'omessa consegna di altra documentazione. Ma, proprio con riguardo alla cauzione definitiva, deve rilevarsi che bando di gara e capitolato speciale quantificano in modo diverso l'entità di quanto a tale titolo dovuto - 10 % dell'importo netto dell'intero appalto, secondo il bando (art. 6); 10 % dell'importo contrattuale annuo in base capitolato speciale (art. 40). Cosicché, nella descritta situazione di incertezza, da addebitare alla stazione appaltante, non può certo ritenersi ingiustificato il ritardo nel versamento della cauzione addebitato all'aggiudicataria.

In definitiva, il ricorso introduttivo del giudizio va accolto mentre possono essere assorbite le ulteriori censure dedotte.

Va, ugualmente, accolta l'impugnazione proposta con i secondi motivi aggiunti, rivolta contro le determinazioni del Dirigente del Servizio Socio Assistenziale e Culturale, 22/2/2007 n°243 e 16/3/2007 n°340, concernenti, rispettivamente, l'indizione di una trattativa privata per la riassegnazione del servizio già affidato alla costituenda ATI fra la DITTA ALFA Service e la Società Cooperativa DITTA ALFA bis, e l'aggiudicazione della stessa in favore della DITTA GAMMA.

E', infatti, fondata la censura di illegittimità derivata avverso tali atti prospettata. Ed invero, il vizio che investe la revoca dell'appalto si riflette irrimediabilmente sulle determinazioni da ultimo citate.

Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza nei confronti dell'amministrazione intimata, mentre possono essere compensate nei riguardi delle controinteressate.

P.Q.M.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA SARDEGNA – SEZIONE I

Accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Dà atto della intervenuta rinuncia al ricorso incidentale.

Condanna l'amministrazione intimata al pagamento delle spese processuali in favore della parte ricorrente, liquidandole forfettariamente in complessivi € 7.000/00 (settemila) oltre I.V.A. e C.P.A., nella misura di legge. Compensa le suddette spese nei confronti delle controinteressate.

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

Così deciso in Cagliari, in Camera di Consiglio, il 4/7/2007 dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna con l'intervento dei Signori:

Paolo Numerico, Presidente;

Silvio Ignazio Silvestri, Consigliere;

Alessandro Maggio, Consigliere – estensore.

Depositata in segreteria oggi: 14/07/2007

Il Segretario generale f.f.